Das Recht auf ehel. Lebensgemeinschaft in seiner prozessualen Durchführung.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen rechts- u. staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen

Doktorwürde

vorgelegt von

Josef Zink

aus **Amberg.**

ACAD
LUGD.BAT
BIBL

Amberg
H. Böes'sche Buchdruckerei
1911.

Referent:
Professor Dr. A. Mendelssohn Bartholdy.

Inhalts-Übersicht.

A.

Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft nach seinem Inhalt.

	Seite
I. Begriff	1
II. Geschichtliche Entwickelung	2
III. Gestaltung nach dem geltenden Recht	
1. Inhalt	18
2. Umgrenzung	19
3. Rechtliche Bedeutung	21
4. Rechtliche Folgen	22
A. Die personenrechtlichen Wirkungen	24
B. Die vermögensrechtlichen Wirkungen	31

B.

Die prozessuale Durchführung des Rechtes auf eheliche Lebensgemeinschaft.

I. Allgemeines	66
II. Geschichtliche Entwickelung	74
III. Die Prozessorgane	79
A. Das Gericht	79
B. Anderweitige öffentliche Organe	83
C. Die Parteien	86
IV. Das Verfahren	91
A. das Vorverfahren	91
B. Einleitung des Prozesses	97
C. Kontradiktorische Verhandlung	114
D. Versäumnisverfahren	123
E. Aussetzung des Verfahrens	126
F. Urteil	127

Verzeichnis der benützten Literatur.

Die bekannten Lehrbücher und Kommentare zum B. G. B., zur Z. P. O., zum Pandekten- und zum Kirchenrecht, ferner:

für das römische Recht: Rossbach, Untersuchungen über die römische Ehe; Karlowa, Die Formen der römischen Ehe und Manus;

für das kanonische Recht: Kutschker, Eherecht der kathol. Kirche; Richter, *Corpus jur. canon.*; Freisen, Geschichte des kanon. Eherechts; Bruns, Das Recht des Besitzes; Maassen, Zur Dogmengeschichte der Spolienklage in Bekkers Jahrbuch des gem. deutschen Rechts, Band II.; Schulte, Darstellung des Eheprozesses bei den geistlichen Gerichten Österreichs im Archiv für kathol. Kirchenrecht, Band I;

für das gemeine Recht: Wetzell, System;

für das Bürgerliche Gesetzbuch: Die Motive zum B. G. B. und zum Einführ.-Ges. zum B. G. B., Die Denkschrift zum B. G. B.; **Wieruszowski,** Handbuch des Eherechts; Jacobi, Das persönliche Eherecht des B. G. B.; Leske und Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Band IV, Das Eherecht der europäischen Staaten; Hussarek, Die familienrechtliche Alimentation nach Österreich. Recht in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Band 20; Schanze, Zur Lehre vom Alimentationsanspruch im Archiv für zivilist. Praxis, Band 69;

für die Reichs-Zivilprozessordnung: Die Abhandlungen über Zivilprozess von Kohler in Holtzendorffs und von Stein in Birkmeyers Enzyklopädie, Die Materialiensammlung von Hahn, Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozess; Fischer, Recht und Rechtsschutz; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht; Langheinecken, Urteilsanspruch; Wach, Feststellungsanspruch; Wach, Vorträge; von den Zeitschriften das Archiv für zivilistische Praxis, Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozess (in diesem besonders die Abhandlungen von Löning, Widerklage, in Band IV und Birkmeyer, Offizialverfahren, in Band VII), Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, endlich die Rechtsprechung des Reichsgerichts in: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, in Gruchots Beiträgen, Bolzes Praxis des Reichsgerichts, in der Jurist. Wochenschrift u. a.

A.

Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft nach seinem Inhalt.

I. Begriff.

Wenn wir die Ehe nicht nur als ein zwischen den Ehegatten bestehendes Rechtsverhältnis, sondern in erster Linie als ein sittliches, d. h. unter dem Sittengesetz stehendes Verhältnis betrachten, das als solches der Rechtsordnung die Aufgabe stellt, die dem Sittengesetz entsprechende Gestaltung des ehelichen Lebens zur äusseren Erscheinung zu bringen,[1]) so können wir die als Wirkung dieses sittlichen Verhältnisses in die Erscheinung tretende eheliche Lebensgemeinschaft bezeichnen als den Inbegriff aller sich aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten zu einander ergebenden gegenseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten, welche dem Wesen der Ehe als eines vorwiegend sittlichen Verhältnisses entsprechen und mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar sind.[2]) Diese gegenseitigen Rechte und Pflichten wurzeln alle in dem sittlichen Gebote gegenseitiger Liebe und Achtung; ihre Erscheinungsform ist mannigfaltig und ihre Zahl unerschöpflich.[3]) Da sie hauptsächlich sittlicher Natur sind, sollen sie ihre Beobachtung dem freien sittlichen Entschluss der Ehegatten und nicht der Erzwingung durch die Rechtsnormen verdanken.

Hieher gehören vor allem die Verpflichtung zum häuslichen Zusammenleben, zur Leistung der ehelichen Pflicht, zur

---

[1]) Windscheid, Bd. IV S. 3. — [2]) Mot. z. B. G. B. IV S. 105. — [3]) Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozess. S. 112.

Wahrung der Treue, zur Beistandleistung in Not und Krankheit,[1]) zur gegenseitigen Schützung ihres Rufes gegen verleumderische Angriffe, zur Leistung der Unterhaltspflicht.

II. Geschichtliche Entwickelung.

1. Römisches Recht.

Das römische Recht der Republik wie der heidnischen Kaiserzeit kennt die rechtliche Gestaltung der aus der sittlichen Natur der Ehe entspringenden eigentlichen Lebensgemeinschaft nicht.

Die altrömische Ehe als sittliches Institut beruht lediglich auf dem Moment der Nachkommenschaftserzeugung, diese ordnet und festigt das Verhältnis der Geschlechter zu einander.[2]) In der Frage des Censors: *uxoremne liberorum quaerendorum gratia habes* findet die römische Anschauung über das sittliche Wesen und den Inhalt der Ehe ihren Ausdruck. Als Rechtsinstitut unterscheidet sich die Ehe von anderen Geschlechtsverbindungen wie Konkubinat und Kontubernium nur durch die *maritalis affectio*, d. i. die Anerkennung der Bedeutung und Würde der Stellung, welche die Frau in der Ehe als Vermittlerin der Nachkommenschaft und Fortsetzerin der Familie einnimmt,[2]) sowie durch die familien- und vermögensrechtlichen Folgen. *Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur. Pauli sent. II. 20. Concubinam ex sola animi destinatione aestimare oportet* (im Gegensatz zu *honore pleno diligere*) *L. 4 Dig. 25, 7.*

Der rechtlichen Entwickelung der Lebensgemeinschaft standen besonders folgende Gründe entgegen:

1. die rechtliche Stellung der Frau an sich. Diese ist eine in öffentlich-, wie in privatrechtlicher Beziehung abhängige. Die Frau hat keinen Anteil am Staate *cum feminis nulla comitiorum communio est. Gell. 5, 19;* sie hat nicht einmal einen Anspruch auf Behandlung nach den Normen des staatlichen Strafrechtes sondern wird und zwar nicht selten selbst

---

[1]) Mot. z. B. G. B. IV S. 104. — [2]) Rossbach, Unters. über die röm. Ehe. S. 8 ff.

dann noch, wenn das öffentliche Gericht über sie geurteilt hat, der Familie zur Bestrafung übergeben. In privatrechtlicher Beziehung ist die Frau von ihrem Gewalthaber abhängig; solange dieser lebt, ist sie *alieni juris,* nach seinem Tode wird sie *sui juris,* tritt jedoch unter die Tutel eines Agnaten;

2. die rechtliche Stellung der Frau in der Ehe. Die Verteilung der ehelichen Rechte und Pflichten unter den Ehegatten ist eine höchst ungleiche; für den Mann besteht keine Verpflichtung zur ehelichen Treue, bei der Frau wird eine Verletzung derselben aufs strengste bestraft, dem Ehemanne steht das Recht zu, die im Ehebruch ertappte Ehefrau zu töten; ausserdem hat der Mann über seine Frau das Züchtigungsrecht; das Verhältnis zu den Kindern ist bei der Mutter ein viel weniger enges als beim Vater, in der Manus-Ehe besteht zwischen ihr und den Kindern das Erbschaftsverhältnis wie zwischen Geschwistern;

3. der in der Abhängigkeit der Frau vom Gewalthaber begründete Konflikt zwischen der eheherrlichen Gewalt einerseits und der hausherrlichen oder väterlichen Gewalt andererseits. In der Manus-Ehe ist die Frau der Gewalt des Gatten, falls dieser jedoch selbst noch Haussohn ist, der Gewalt des Schwiegervaters unterworfen, in der freien Ehe bleibt sie in der *patria potestas* ihres Vaters oder Grossvaters, der sie sogar zurückfordern kann und dem auch die Strafgerichtsbarkeit verbleibt. Der Wille des Ehemannes ist also dem des Vaters oder Schwiegervaters nachgeordnet;

4. die Gestaltung des ehelichen Güterrechts. In der Manus-Ehe geht das Vermögen der Frau mit allen ihren Ansprüchen völlig in das Eigentum des Mannes oder seines Vaters über, in der freien Ehe geht nur die *dos* in das Vermögen des Mannes über, das übrige Vermögen behält die Frau für sich zurück, dem Manne steht nicht einmal Verwaltung oder Nutzniessung zu; im ersteren Falle ist die Frau vermögensrechtlich völlig abhängig, im letzteren völlig selbständig, in beiden Fällen aber vermisst man eine den innigen Beziehungen der Ehegatten zu einander entsprechende Regelung, wie sie in der allgemeinen oder partikulären Gütergemeinschaft oder in der Verwaltungsgemeinschaft zu Tage tritt;

5. die völlig unbeschränkte, abgesehen von der durch *confarreatio* geschlossenen Ehe auch völlig formlose, keiner richterlichen oder priesterlichen Mitwirkung bedürftige Lösung der Ehe. Diese erfolgte in der Manus-Ehe, wo der Frau ein Recht, aus der Ehe auszutreten, nicht zustand, durch einseitige Aufkündigung des Ehemannes oder seines Vaters *(repudium)*, in der freien Ehe sowohl durch einseitige Aufkündigung eines der beiden Gatten wie durch gegenseitigen Vertrag beider Ehegatten *(divortium)* wie endlich durch Zurückforderung seitens des Vaters der Frau. Während nun im Anfange und in der Blütezeit der Republik die Sittlichkeit hier mildernd eingriff und die Entlassung der Frau nur als Strafe für Ehebruch (Plutarch überliefert, dass nach den Gesetzen des Romulus über die Ehe auf Ehebruch die Strafe des ἀποπέμπεσθαι stand) festgesetzt war, an deren Stelle jedoch meistens durch das Familiengericht die Todesstrafe verhängt wurde, sodass Dionysius behaupten kann, 520 Jahre lang sei in Rom keine Scheidung vorgekommen, waren gegen das Ende der Republik und in der Kaiserzeit die Scheidungen infolge der immer weiter um sich greifenden Sittenlosigkeit an der Tagesordnung und das Familienband infolge dessen das denkbar lockerste;

6. der tiefste Grund, warum sich die eheliche Lebensgemeinschaft nicht herausarbeiten und weiterbilden konnte, lag in dem destruktiven Entwickelungsgang, den die Ehe nahm. In der altrömischen strengen Form der Manus-Ehe hat sich zwar nur der Grundsatz der absoluten Gewalt des Mannes, zu dem die Frau durch die *manus* in das Verhältnis einer Haustochter — *filiae loco* — trat, entwickelt, allein mit der *manus* trat die Frau immerhin in eine innigere Verbindung, wenn auch nicht innerlich mit dem Manne im Sinne der Lebensgemeinschaft, so doch äusserlich mit der Familie des Mannes. Die schon bald neben der Manus-Ehe aufkommende und in der heidnischen Kaiserzeit diese völlig verdrängende freie Ehe hat dieses Band beseitigt. Die Frau verbleibt nunmehr im Abhängigkeitsverhältnis zur eigenen Familie, sie behält ihre angeborenen Agnationsrechte und tritt zur Familie des Mannes nur in das Verwandtschaftsverhältnis der Affinität. Auf dieser

Grundlage bildet sich die abstrakte Freiheit beider Ehegatten als Grundprinzip des Eherechtes aus.

Erst die Justinianische Kodifizierung lässt das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft erkennen. In *l. 1 D. de ritu nupt. 23,2* wird sie in der von dem römischen Juristen Modestinus aufgestellten Definition der Ehe als *consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* und im § 1 J. 1. 9. als *individua consuetudo vitae* bezeichnet. Die sich aus dem sittlichen Wesen der Ehe ergebenden, den Inhalt dieser *consuetudo vitae* bildenden gegenseitigen Rechte und Pflichten sind jedoch, obwohl sie als Normen des Sittengesetzes tatsächlich allgemeine Anerkennung fanden, auch hier rechtlich nicht festgelegt, sondern die Verwirklichung des der *individua consuetudo* und *omnis vitae communicatio* entsprechenden idealen ehelichen Verhältnisses ist den Bemühungen der Gatten überlassen, wohl aber sind einige sich aus ihr ergebenden bestimmten rechtlichen Folgen angeführt, nämlich:

1. Die Gleichheit des Standes und des Domizils der Ehegatten *l. 13 C. de dignit. 12,1;*
2. die Unzulässigkeit einer *actio poenalis* oder *famosa* unter ihnen *l. 2 C. rer. amot. 5,21;*
3. die Befreiung der Ehegatten vom Zeugniszwang gegen einander *l. 10 pr. D. de gradib. 30,10;* hiezu kommen noch als vermögensrechtliche Folgen des persönlichen Verhältnisses der Ehegatten:
4. das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten *l. 1. 3 pr. D. h. t.;*
5. das *beneficium competentiae l. 20 D. de rer. iud. 42,1* und
6. die Unzulässigkeit der Annahme eines Bürgen für den Mann wegen der *dos* während der Ehe. *Cod. V. 20.*

Dagegen lässt sich in der Gesetzgebung der Kaiserzeit das wenn auch unbewusste Streben nach der Anbahnung eines innigeren Verhältnisses der Frau zum Manne, die dem Ehegatten die Verwirklichung der *individua consuetudo* erleichtert, erkennen. So wurde das Rückforderungsrecht des Vaters der Frau insoweit beschränkt, dass er die Frau nicht gegen ihren Willen dem Manne vorenthalten durfte und dem Manne hiegegen Einreden und Vorstellungen, ja selbst eine Klage hie-

wegen gestattet wurde. Hiedurch wurde die Ehe geschützt gegen die Eingriffe jedes Dritten, ihr Fortbestehen hing lediglich von den Ehegatten selbst ab, während von der väterlichen Gewalt doch noch so viel übrig blieb, um die Frau gegen die Willkür des Mannes zu schützen. Durch die *lex Julia* und *Papia Popaea* wurde dem Manne das Recht entzogen, die im Ehebruch ertappte Frau zu töten, auffallenderweise aber die Strafgewalt nicht ausschliesslich dem Staate übertragen, sondern auch dem Vater der Frau belassen, bis Kaiser Konstantin auch hierin Wandel schuf. Die Willkür in der Scheidung wurde schon unter Augustus beschränkt durch die Festsetzung einer bestimmten Form, bestehend in der Zuziehung von sieben römischen Bürgern zur Scheidungserklärung, und durch die Anordnung von Vermögensabzügen für den schuldigen Teil;[1]) seit Konstantin wurde das Scheidungsrecht durch Aufstellung bestimmter ausschliesslicher Scheidungsgründe, deren Übertretung mit Strafe verknüpft war, gesetzlich geregelt. Das Erlöschen der Geschlechtstutel endlich brachte der Frau die volle privatrechtliche Selbständigkeit und damit auch eine freiere, dem sittlichen Wesen der Ehe mehr entsprechende Stellung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft.

2. Kanonisches und gemeines Recht.

Das kanonische Recht übernahm die in den Institutionen gegebene Definition der Ehe und den dort enthaltenen Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft und erläuterte letzteren dahin, dass es dieselbe als den Ausfluss der rechten ehelichen Gesinnung bezeichnete: *individua vero vitae consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est et e converso. can. 3 § 1 C. 27 qu. 2.* Zugleich hat es sich bemüht, den Kreis der inneren Pflichten der Ehegatten gegen einander durch Rechtsnormen zu regeln, und in dieser Richtung eine grosse Anzahl von Bestimmungen getroffen.

Vor allem ist hier zu nennen das Recht der Ehegatten auf gegenseitige Leistung der ehelichen Pflicht, des *debitum*

---

[1]) Verlust der *dos* für die schuldige Frau, der *donatio propter ruptias* für den schuldigen Mann. Dernburg, Bd. III § 26.

conjugale. Die Glossatoren gehen soweit, dass sie *individua consuetudo* und *debitum conjugale* geradezu identifizieren. Roland sagt: *matrimonium est viri et mulieris legitima conjunctio individuam vitae consuetudinem retinens id est exigens, ut nulli videlicet eorum altero invito liceat continere;* die *individua consuetudo* besteht also nach seiner Ansicht in der *copula carnalis.* Bernhard von Pavia ist der gleichen Anschauung, wenn er bemerkt: *ad individuam vitae consuetudinem spectat, ut neuter vivo altero ad alienum transeat concubitum.* Robertus erläutert die *individua consuetudo* dahin: *individua dicitur propter easdem personas, quae ab invicem separantur. Unde Dominus in evangelio: propter hoc, id est matrimonium, relinquet homo patrem et matrem et adhaerebit uxori suae.*

Das Recht auf das *debitum conjugale* erleidet jedoch Beschränkungen, die teils auf Gesundheitsrücksichten, teils auf sittlichreligiösen Gründen beruhen. Solche Beschränkungen treten ein zur Zeit, wo die Mutter ihr Kind stillt, zur Zeit der Menstruation nach *c. 4 D. 5,* zur Zeit der Schwangerschaft nach *c. 15 C. 32 qu. 7,* zur Zeit, wo der eine Gatte dem Gebet obliegen will nach *C. 33 qu. 4.* Die Bussbücher enthalten in dieser Beziehung eine Menge der verschiedenartigsten Vorschriften und Strafbestimmungen. Ausserdem verliert ein Gatte das *jus petendi debitum,* wenn er sich des Ehebruchs schuldig gemacht hat, *c. 15, 16, 19 X de convers. conjug. 3, 32,* sowie durch die Ablegung eines *votum continentiae c. 11 loc. cit.*

Als weiterer Ausfluss der Lebensgemeinschaft ist zu nennen das gegenseitige Recht der Ehegatten auf unbedingte Wahrung der Treue, wie wir dies schon aus der obenangeführten Stelle bei Bernhard von Pavia ersehen. Die Geschlechtsgemeinschaft mit einer anderen Person als dem Ehegatten ist ausgeschlossen und steht als Ehebruch unter schwerer Strafe.

In der ehelichen Lebensgemeinschaft ist dem Manne die Stellung als Haupt zugewiesen und die Frau ist ihm deshalb zum Gehorsam verpflichtet *debet enim mulier viro scilicet capiti suo semper subesse c. 11 loc. cit.* Kraft dieser Herscherstellung bestimmt auch der Mann das Domizil und die Frau ist verpflichtet, ihm bei Veränderung desselben zu folgen, ausser er

wäre einer schändlichen Handlung halber zur Aufgabe seines Domizils genötigt worden. *c. 4 C. 34 qu. 1 et 2.*

Die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist in folgenden Ausnahmefällen gestattet:[1]) 1. der Mann kann auf kurze Zeit und bei Vorliegen genügender Gründe auch auf längere Zeit von seinem Domizil abwesend sein, soll aber, wo es möglich ist, die Frau mit sich nehmen. Die Frau darf sich ohne Zustimmung des Mannes vom Domizil überhaupt nicht entfernen. 2. Mit freier Zustimmung des anderen Teils darf jeder Ehegatte in einen religiösen Orden eintreten oder der Mann die höheren Weihen empfangen. 3. Wenn einer der Ehegatten einen Ehebruch begangen hat, darf der andere ohne dessen Einwilligung in ein Kloster eintreten. 4. Im Falle des Ehebruchs kann die Lebensgemeinschaft der Ehegatten durch richterlichen Spruch aufgehoben werden.

Im weiteren entwickelte nun das kanonische Recht, — vielleicht unter dem Einfluss des römischen Rechtes, welches bei der Eheschliessung durch *usus* die Erwerbung der *manus* durch einjährige Ersitzung zuliess, falls diese nicht durch *usurpatio* seitens der Frau in Gestalt der Zubringung eines *trinoctium* ausser dem Hause des Gatten unterbrochen wurde, — aus dem Recht des einen Ehegatten an der Person des anderen einen Quasibesitz *quasi juris possessio*, der durch jede eigenmächtige Entziehung eines Ehegatten spoliiert erschien.

Nach der Lehre der Kanonisten[2]) erfolgte *spolium in causa matrimonii non tantum per alium tertium, qui vi aufert conjugem a conjuge, sed etiam fieri potest ab ipsis conjugibus inter se, et hoc tripliciter maxime: a) quando conjux propria auctoritate recedit a conjuge; nam sic recedendo privat illum jure suo, quod habet ad obsequia conjugalia ab altero sibi exhibenda; b) quando uxor propria auctoritate discessit a marito, sed facti poeniteus ad illum redire vult; nam si ita revertentem maritus non recipiat, spoliasse illam censebitur eo quod nulla temeritas aut culpa conjugis (excepto odulterio) per se directe et perpetuo deroget juri matrimoniali; c) quando uxor*

[1]) Philipps, Kirchenrecht, § 281. — [2]) Schmalzgrueber, ius canon. univers.

expulsa quidem est a marito, sed ab hoc postea revocatur, revocata autem redire non vult. Der Quasibesitz des einen Ehegatten an der Person des anderen galt also hauptsächlich spoliiert durch die Desertion eines Ehegatten, durch die Weigerung des Mannes, die desertierte und nunmehr reuig zurückkehrende Gattin wieder bei sich aufzunehmen, und durch die Weigerung der verstossenen Ehefrau zu ihrem Gatten zurückzukehren. Eine Aufschiebung oder Verweigerung der Restitution war nur statthaft bei nachweisbarer grausamer Härte des Ehemannes, Obwalten eines der Gültigkeit der Ehe entgegenstehenden Hindernisses oder inzwischen begangenem Ehebruch seitens des auf die Herstellung des ehelichen Lebens dringenden Eheteils.

Das gemeine Recht hat nun einesteils jene Bestimmungen des kanonischen Rechts, welche den Bedürfnissen der Zeit nicht mehr entsprachen oder sich nur mit der Regelung von religiös-sittlichen Verhältnissen wie über die Beschränkung des *debitum conjugale* befassten, entweder gänzlich beseitigt oder ihres Charakters als Rechtsnormen entkleidet und dem Sittengebiete überwiesen, andererseits die für die Regelung der ehelichen Lebensgemeinschaft als förderlich erscheinenden Lehren weiter ausgebildet und besonders bezüglich der Folgepflicht der Frau in der Rechtsprechung folgende Grundsätze aufgestellt:

Die Verbindlichkeit der Ehefrau, dem Aufenthalt ihres Ehemannes zu folgen, besteht nur insoweit, als sie von der Frau ohne Nachteil für ihre Ehre und Gesundheit bewirkt werden kann,[1]) insbesondere der Mann ihr eine zur Aufnahme geeignete, mit den nötigen Einrichtungen versehene Wohnung und einen selbständigen Haushalt zu bieten und sie standesgemäss zu ernähren vermag.[2]) Die Folgepflicht der Frau erleidet ferner eine Ausnahme, wenn die Frau sich als Ursache ihrer Weigerung auf solche Tatsachen berufen kann, die mit dem Zweck der ehelichen Verbindung kollidieren,[3]) wenn der Mann heimatlos und unstät umherzieht oder in einen anderen Weltteil auswandert.[4])

---

[1]) Seuff. Arch., Bd. I Nr. 237, Bd. XX Nr. 43. — [2]) Das. XXVI Nr. 39, XXVI Nr. 134. — [3]) Das. XX Nr. 43. — [4]) Das. IV Nr. 126.

Unsittliches Verhalten des anderen Teils begründet das Recht der Verweigerung zu alsbaldigem Zusammenleben.[1])

Ohne Einfluss auf die Folgepflicht der Frau sind: Vertragsmässiger Verzicht des Ehemannes auf das Recht der Bestimmung des Wohnortes, nachdem ein derartiger Verzicht unverbindlich;[2]) dann die Einrede erlittener Sävitien, nachdem es der Frau überlassen bleiben muss, hierauf eine Scheidungsklage zu stützen und dabei auf einstweilige Entbindung von der Pflicht zur Rückkehr anzutragen;[3]) endlich der etwaige Einfluss der an dem vom Ehemann gewählten neuen Wohnort geltenden Gesetze auf das eheliche Vermögensrecht.[4])

Ein dauernder Verzicht auf eheliche Gemeinschaft ist unverbindlich.[5])

3. Neueres Recht.

Von den Partikularrechten gibt das Bayerische Landrecht in *pars I cap. 6 § 12 Ziff. 1* eine ziemlich erschöpfende Aufzählung der sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergebenden gegenseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten, bestehend in Erweisung beständiger Liebe und Treue, dann der Beiwohnung und all nötigen Beistand wie nicht weniger in dem ehelichen Beischlaf, welcher ohne rechtserhebliche Ursache einem Teil von dem anderen nicht versagt werden kann. Nach Ziff. 5 daselbst teilt jede Frau Stand, Charakter, Würde, Familie und *forum* des Ehegatten und behält dies alles auch im Witwenstand bei. Nach Ziff. 6 soll die Frau dem Mann bei Domizilveränderung folgen, insoweit er es nicht Verbrechens halber verändert oder sich im Laufe der Ehe auf das Vagantenleben verlegt. Nachdem das Bayerische Landrecht von 1756 dem gemeinen Recht noch seine subsidiäre Geltung beliess, bietet die Partikulargesetzgebung der anderen grösseren deutschen Staaten, das Preussische Allgemeine Landrecht von 1794, das Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811, der *code civil* von 1804, welcher 1809 in Baden als Badisches Landrecht Geltung erhielt, und das Sächsische

[1]) Seuff. Arch., Bd. XLV Nr. 102. — [2]) Das. XVIII Nr. 257, dageg. XXI Nr. 129. — [3]) Das. XVI Nr. 52. — [4]) Das. VIII Nr. 143. — [5]) Das. XXXII Nr. 325.

Bürgerliche Gesetzbuch von 1863, welche sämtlich die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechts beseitigen, höheres Interesse.

Das Preussische Allgemeine Landrecht bringt zunächst in den §§ 174—183 des Teil II Titel 1 gleichfalls eine ausführlichere Bezeichnung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten. Die Eheleute müssen vereint mit einander leben (§ 175) und zwar in guten wie in schlimmen Tagen (§ 176), sie dürfen ihre Verbindung eigenmächtig nicht aufheben (§ 175) und nur in öffentlichen oder dringenden Privatangelegenheiten sowie aus Gesundheitsrücksichten abwesend sein (§ 177), sie sind zur Leistung der ehelichen Pflicht gehalten (§ 178), soweit nicht Gesundheitsrücksichten (§ 179) entgegenstehen oder die Ehefrau ihr Kind stillt (§ 180), sie schulden sich gegenseitig eheliche Treue (§ 181) und sollen selbst den Schein der Untreue meiden (§ 183), sie sind endlich zum wechselseitigen Beistand nach ihren Kräften in allen Vorfallenheiten verpflichtet (§ 174).

Der Mann ist das Haupt der Familie (§ 184). Kraft dieser Stellung hat er das Entscheidungsrecht in allen gemeinschaftlichen Angelegenheiten (§ 184) und ist berechtigt und verpflichtet, Person, Ehre und Vermögen seiner Frau in und ausser Gericht zu verteidigen (§ 188). Ihm steht die Wahl des Wohnortes zu, die Frau ist verpflichtet, ihm dahin zu folgen (§ 679), soweit nicht der Mann wegen begangener Verbrechen oder sonst wider die Gesetze ausser Landes gegangen ist (§ 681) oder auf sein Bestimmungsrecht vor der Eheschliessung vertragsmässig verzichtet hat (§ 682).

Die Frau überkommt den Familiennamen des Mannes (§ 192) und nimmt Teil an seinem Stand (§ 193), sie ist verpflichtet (nicht berechtigt) dem Hauswesen vorzustehen (§ 194), sie hat die Schlüsselgewalt in gewöhnlichen Haushaltungsgeschäften (§§ 321, 324). Ohne des Mannes Einwilligung kann sie keine Verbindlichkeiten eingehen, durch die seine Rechte auf ihre Person gekränkt werden (§ 196).

Die gegenseitige Vertretungsmacht ist in der Weise geregelt, dass der Mann zur Vertretung der Frau in und ausser Gericht allgemein berechtigt und verpflichtet (§ 188), die Frau

dagegen in gewissen Grenzen bei Verhinderung des Mannes zu seiner Vertretung in Vermögensangelegenheiten befugt ist (§§ 202—204, 326—328).

Bezüglich der Unterhaltspflicht des Mannes bestimmt das Gesetz seine Verpflichtung und zwar je nach seiner Leistungsfähigkeit zur Gewährung eines standesgemässen (§ 185) bezw. notdürftigen (§ 186) Unterhaltes. Zum Unterhalt gehören auch Kur- und Prozesskosten (§ 187) sowie Verteidigungskosten (§§ 190, 191). Die Unterhaltspflicht der Frau tritt ein, wenn infolge des Konkurses über das Vermögen des Mannes das eingebrachte Vermögen der Frau in deren Verwaltung zurückfällt; alsdann muss aus den Einkünften des Eingebrachten, soweit erforderlich und hinreichend, der nötige Unterhalt des Mannes und der Kinder bestritten werden (§ 262).

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch führt in § 1630 die gegenseitige Verpflichtung der Ehegatten zur Treue, zur Leistung der ehelichen Pflicht und zur Unterstützung auf. Die rechtlichen Folgen der Lebensgemeinschaft sind im allgemeinen in Anlehnung an die bezüglichen Vorschriften des Pr. A. L. R. geregelt mit folgenden Abweichungen: Das dem Manne infolge seiner Stellung als Haupt der Familie (§ 1631) eingeräumte Bestimmungsrecht über Wohnort und Wohnung (§ 1633) ist ein absolutes, auf das der Mann nicht vertragsmässig verzichten kann (§ 1692); die Fälle, in denen die Frau die Folgepflicht verweigern kann, sind im Gesetz ausführlich bezeichnet (§ 1636). Bei der Regelung der Unterhaltspflicht des Mannes (§ 1634) sind die Verteidigungskosten für die Frau dem Manne nur in Ermangelung eigenen Vermögens der Frau überbürdet; höchst überflüssigerweise ist die Verpflichtung des Mannes zum Unterhalt der Frau, auch während sie im Gefängnisse verweilt, eigens hervorgehoben (§ 1680). Die Unterhaltspflicht der Frau gegenüber dem Manne tritt subsidiär ein und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Mann ohne seine Schuld oder durch eigene Schuld unvermögend geworden ist (§ 1637).

Eine eingehendere Betrachtung dürfte der *Code civil* verdienen, der vor dem Inkrafttreten des B. G. B. im grössten Teile Westdeutschlands geltendes Recht war. Der *Code civil*

bezeichnet als Inhalt der Lebensgemeinschaft die beiden Eheteilen gemeinsame Verpflichtung zur Treue und zu wechselseitiger Hilfe und Unterstützung *(art. 212)*. Was die eheliche Treue anlangt, steht das französische Recht noch unter dem Einfluss der römischen Rechtsanschauung, die Verletzung der Treue ist zwar hier für beide Teile strafbar, allein für den Mann minder schwer als für die Frau. Die Pflicht zu wechselseitiger Unterstützung äussert ihre Wirkung selbst noch nach dem Tode eines Gatten, indem das Gesetz dem Überlebenden einen mehr oder weniger umfangreichen Niessbrauch am Vermögen des Verstorbenen einräumt *(art. 767* in der Fassung des Gesetzes vom 9. III. 91) und ihm im Falle letztwilliger Entziehung des Niessbrauches Anspruch auf eine Unterhaltsrente im Falle nachgewiesener Bedürftigkeit gewährt (*art. 205* in der cit. Fassung). Im übrigen entwickelt das Gesetz vor allem den Begriff der eheherrlichen Gewalt. Auch hier äussert sich wieder deutlich der Einfluss des römischen Rechts. Der Mann schuldet der Frau Schutz, die Frau dem Manne Gehorsam *(art. 213)*. Die Frau hat bei dem Manne zu wohnen und ihm an jeden beliebigen Aufenthaltsort zu folgen *(art. 214)*; ein vertragsmässiger Verzicht auf das eheherrliche Bestimmungsrecht ist unstatthaft *(art. 1388)*. Als begründet wird die Verweigerung der Folgepflicht angesehen, wenn der Mann wider das Gesetz auswandert, wenn an dem in Aussicht genommenen neuen Wohnort eine ansteckende Krankheit herrscht oder wenn die Ortsveränderung der Gesundheit der Frau nachteilig sein würde. Mit der Folgepflicht hängt die Vorschrift eng zusammen, dass die Frau den rechtlichen Wohnsitz des Mannes, sein Domizil, teilt *(art. 108)*. Der Folgepflicht der Frau entspricht reziprok die Verpflichtung des Mannes, die Frau bei sich aufzunehmen und ihr nach Massgabe seines Vermögens und seines Standes Unterhalt zu gewähren *(art. 214)*. Falls nach den besonderen Umständen des Falles der Frau das fernere Zusammenleben mit dem Manne nicht zugemutet werden kann, ist sie berechtigt, das Zusammenleben mit ihm abzulehnen und den Unterhalt in Geld zu fordern.[1]) Ungerecht-

[1]) Vgl. R. G. E., Bd. 30 S. 316.

fertigte Weigerung der Frau, die häusliche Gemeinschaft zu teilen, berechtigt den Mann zur Vorenthaltung des Unterhaltes. Die Frau, welche Gütertrennung ausgewirkt hat, ist ihrerseits verpflichtet, zu den Kosten der Haushaltung und der Erziehung der Kinder einen verhältnismässigen Betrag aus ihrem Vermögen zu leisten und jene Kosten allein zu bestreiten, wenn dem Manne nichts übrig bleibt *(art. 1448)*. Als besondere Wirkung der Ehe für die Frau ist die Geschäftsfähigkeit bedeutungsvoll. Die Frau kann ohne Ermächtigung des Mannes nicht vor Gericht stehen *(art. 215)* und zwar selbst wenn sie Handelsfrau ist oder in Gütertrennung lebt. Nur in einem gegen sie anhängigen Strafverfahren *(art. 216)* sowie in einem Trennungs- oder Scheidungsprozess *(art. 238 code civil, art. 805, 875, 878 code de procédure civile)* ist die eheherrliche Ermächtigung nicht erforderlich. Ferner ist die Frau vertragsunfähig, sie kann sich nicht durch Rechtsgeschäft verpflichten oder Veräusserungen bewirken *(art. 217)*, sondern bedarf hiezu der Genehmigung des Mannes. In dieser Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Frau durch die Ehe überhaupt ist der Grund zu suchen, warum sich das Institut der Schlüsselgewalt im französischen Recht nicht entwickeln konnte. Wenn auch in der Praxis der Frau eine beschränkte Schlüsselgewalt stillschweigend eingeräumt wurde, so ist sie ihr keineswegs von Rechtswegen und kraft des Gesetzes zuerkannt, es besteht nicht einmal eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die Frau im häuslichen Wirkungskreis zur rechtsgeschäftlichen Vertretung und Verpflichtung des Mannes bevollmächtigt sei.

Bei grundloser Verweigerung der Genehmigung zu einer gerichtlichen oder aussergerichtlichen Rechtshandlung durch den Mann kann dieselbe auf Antrag der Frau durch das Gericht ersetzt werden *(art. 218, 219)*. Wenn der Mann minderjährig, entmündigt, in einer Irrenanstalt untergebracht oder abwesend ist, geht sein Genehmigungsrecht auf das Gericht über *(art. 222, 224)*.

Die Genehmigung des Mannes kann auch stillschweigend erteilt, d. h. aus den Umständen gefolgert werden, so besonders aus seiner Mitwirkung bei der betreffenden Handlung

(art. 217), aber sie muss für den betreffenden Rechtsakt besonders gegeben sein; eine allgemeine Ermächtigung ist nur gültig, wenn sie die Verwaltung des Frauenvermögens betrifft *(art. 223)* oder wenn die Gattin als Handelsfrau auf Grund der ihr vom Manne erteilten allgemeinen Ermächtigung die einzelnen zum Betriebe des Handelsgewerbes erforderlichen Rechtsgeschäfte vornimmt bezw. Verpflichtungen eingeht *(art. 220)*.

Im öffentlichen Recht bewirkt die eheliche Lebensgemeinschaft, dass die Frau als Ausländerin durch die Eheschliessung mit einem Franzosen *ipso jure* die französische Staatsangehörigkeit erwirbt *(art. 12)*, als Französin durch die Eheschliessung mit einem Ausländer ihre französische Staatsangehörigkeit nur dann nicht verliert, wenn sie diejenige ihres Mannes durch die Eheschliessung nicht erlangt.

Auch das Österreichische Bürgerliche Gesetzbuch, welches auch im grösseren Teil des bayerischen Sechsämterbezirkes geltendes Recht war, soll hier kurz erörtert werden. Von den aus der Lebensgemeinschaft fliessenden gegenseitigen Rechten und Pflichten werden hervorgehoben das Leben in unzertrennlicher Gemeinschaft, die Erzeugung und Erziehung der Kinder und die gegenseitige Beistandleistung (§ 44). Eine vertragsmässige Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten ist zulässig (§ 89), jedoch nur insoweit bindend, als die getroffenen Verabredungen nicht mit dem Wesen der Ehe oder zwingenden Bestimmungen des Gesetzes in Widerspruch stehen.

Der Mann ist das Haupt der Familie, ihm steht deshalb vorzüglich das Recht zu, das Hauswesen zu leiten (§ 91), und damit das eheherrliche Entscheidungsrecht. Die Frau erhält den Namen des Mannes und geniesst die Rechte seines Standes (§ 92). Sie ist verbunden, dem Manne, welchem das Bestimmungsrecht des Wohnortes zusteht (§ 29), an seinen Wohnsitz zu folgen (§ 92). In der Haushaltung und Erwerbung (im Geschäfte) ist sie verpflichtet, ihm nach Kräften beizustehen (§ 92). Daraus wird ihr auch in der Praxis die Schlüsselgewalt zuerkannt; der Mann haftet als Selbstschuldner aus den für den Haushalt nötigen Rechtsgeschäften

der Frau.[1]) Der Mann hat gegenüber der Frau keine Vertretungsmacht, wohl aber die Vertretungspflicht (§ 91), er hat nur vermutete Vollmacht, die ihm aber von der Frau entzogen werden kann (§§ 1020, 1034, 1238).

Die Unterhaltspflicht obliegt gesetzlich dem Manne; er ist gehalten, der Frau nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen (§ 91). Die subsidiäre Unterhaltspflicht der Frau ist im Gesetze nicht ausgesprochen, wird aber daraus gefolgert, dass dem überlebenden Eheteile, solange er sich nicht wieder verheiratet, der mangelnde anständige Unterhalt aus dem Nachlass des Verstorbenen gebührt (§ 796). Durch eigenmächtiges Verlassen der Häuslichkeit des Mannes verwirkt die Frau ihren Unterhaltsanspruch;[2]) entzieht sich aber der Mann selbst der ehelichen Gemeinschaft, so hat er der Frau den Unterhalt in Geld zu gewähren.[3])

Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts erwirbt die Frau durch die Eheschliessung die Staatsangehörigkeit des Mannes (Hofdekret v. 23. II. 33), teilt seine Heimatberechtigung (§ 7 Gesetz v. 3. XII. 63) und seinen Gerichtsstand (§ 70 Jurisdikt.-Norm v. 1. VIII 95).

Besonderes Interesse beanspruchen endlich noch die einschlägigen Bestimmungen des englischen Eherechtes,[4]) nachdem dieses Sondervorschriften über die prozessuale Durchführung des Rechtes auf eheliche Lebensgemeinshaft enthält.

Der Ehemann ist das Haupt der Familie; ihm steht die eheherrliche Gewalt über die Frau zu, gegen deren Missbrauch die Frau die Hilfe der Gerichte anrufen kann. Der Mann besitzt das Entscheidungsrecht über den Wohnsitz, über den ehelichen Aufwand und die Aufsicht über den Hausstand; ihm obliegt die Gewährung standesgemässen Unterhalts an die Frau, während die vermögende Frau die Unterstützungspflicht gegenüber dem mittellosen Ehemann hat.

---

[1]) Entsch. d. Ob. Gerichtshofs v. 10. VI. 85. — [2]) Oberstgerichtl. Entsch., Bd. 4 Nr. 1712, Bd. 6 Nr. 3021 u. 3076. — [3]) Daselbst Bd. 4 Nr. 1896, Bd. 5 Nr. 2148 u. 2635. — [4]) Vgl hiezu die Darstellung von Goldberg bei Leske und Löwenfeld die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Bd. IV S. 487 ff.

Die Frau erhält Namen und Stand des Mannes sowie seine Staatsangehörigkeit; sie teilt rechtlich sein Domizil ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Aufenthalt; bei Domizilwechsel ist sie verpflichtet, dem Manne zu folgen, ausser er lebt in Verbannung oder Haft. Ein Recht auf Leitung des Hauswesens steht der Frau nicht zu, wenn ihr auch *de facto* üblicherweise die Leitung des Hausstandes, Mietung der Dienstboten, Beschaffung der Haushaltungsbedürfnisse, Bezahlung der Rechnungen hiefür seitens des Ehemannes überlassen bleibt; ebensowenig kommt der Frau die Schlüsselgewalt zu, nur eine gewisse Stellvertretungsmacht wird ihr insoferne zuerkannt, als bei Inanspruchnahme des Kredits des Mannes zu Anschaffungen für den Haushalt oder für ihren eigenen notwendigen Bedarf vermutet wird, sie sei hiezu als Vertreterin des Mannes berechtigt, wenn nicht der Mann der Frau Anschaffungen auf Kredit untersagt hat oder die Anschaffungen nicht notwendig waren.

Das Gesetz fordert die Aufrechterhaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft in der ehelichen Wohnung, wenn nicht Gründe zur Weigerung der Herstellung des ehelichen Lebens wie Ehebruch oder Misshandlung vorliegen oder die Trennung zwischen den Gatten vertragsmässig vereinbart wurde. Gegen unbegründete Weigerung steht dem anderen Gatten die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens *(restitution of conjugal rights)* zu, welche durch die *matrimonial causes acts 1857* und *1884* geregelt ist. Sie besteht in dem an den *Divorce Court* gerichteten Antrag auf gerichtlichen Befehl zur Wiederherstellung des ehelichen Lebens. Der Beklagte kann hiegegen den Einwand des Ehebruchs oder grausamer Behandlung, welche auch durch gleiche Verfehlung seitens des Beklagten nicht konsumiert werden, oder klägerischen sonstigen Missverhaltens, welches eine Scheidungsklage rechtfertigen würde, geltend machen. Die früher zulässige Erzwingung der Befolgung des Rückkehrbefehls wurde durch die *matrimonial causes act 1884* abgeschafft. Nunmehr sind nur gewisse vermögensrechtliche Nachteile mit der Nichtbefolgung verknüpft, überdies bildet die Nichtbefolgung des Rückkehrbefehls als ungerechtfertigte bösliche Verlassung einen ausreichenden Grund für eine gerichtliche Trennungsklage.

III. Gestaltung nach dem geltenden Rechte.

1. Inhalt.

Das B. G. B. bestimmt an der Spitze des Titels über die Wirkungen der Ehe in § 1353 Abs. I die gegenseitige Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft und bringt dadurch den rechtlichen Inhalt des durch die Ehe unter den Ehegatten begründeten persönlichen Rechtsverhältnisses durch ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck,[1]) ohne den Inhalt desselben näher zu präzisieren oder zu spezialisieren.

Nachdem die aus dem Wesen der Ehe sich ergebenden persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten unter einander in erster Linie sittlicher Natur sind, hat sich der Gesetzgeber mit feinem Takte gehütet, die rechtliche Seite derselben mehr als unbedingt notwendig in Vorschriften einzuengen; es erschien demnach genügend, die rechtliche Grundlage für die Gestaltung des ehelichen Lebens und für den Anspruch auf deren Verwirklichung zu bieten, die ideale Gestaltung selbst aber in die Hände der Ehegatten zu legen. Das Gebot der ehelichen Lebensgemeinschaft sollte als Leitmotiv für die Regelung des durch die Ehe unter den Ehegatten begründeten persönlichen Verhältnisses dienen und wie im Obligationenrecht die Beurteilung der Leistungspflicht nach Treue und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfolgen soll, so soll im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe die Grundlage bilden, von der bei Auslegung des Gesetzes und Beurteilung aller unter den Ehegatten bestehenden Rechtsverhältnisse ausgegangen werden soll.[2]) Eine Spezialisierung der einzelnen Rechte und Pflichten erschien bei ihrer Mannigfaltigkeit und der darin liegenden Schwierigkeit, den sittlichen Inhalt der Ehe erschöpfend zu bezeichnen, nicht für zweckmässig.[2])

Was die Form der Gesetzesstelle anlangt, so erscheint dieselbe infolge ihrer knappen Ausdrucksweise als ungenau. Denn der Ausdruck „Lebensgemeinschaft“ bezeichnet keine Verpflichtung, sondern einen Zustand, welcher als Wirkung der

[1]) Motive zum B. G. B. IV S. 104. — [2]) Mot. IV S. 104.

Ehe eintritt und durch das entsprechende Verhalten der Ehegatten aufrecht erhalten werden soll. Die Ehegatten können deshalb nicht zur Lebensgemeinschaft sondern nur zur fortwährenden getreuen Erfüllung der zu ihrer Erhaltung und Wiederherstellung dienenden ehelichen Pflichten angehalten werden, die Lebensgemeinschaft bildet nur den Masstab für die Beurteilung der im einzelnen anzuerkennenden Rechte und Pflichten. Und dies ist auch der vom Gesetzgeber gewollte, übrigens keiner Missdeutung fähige Sinn der Gesetzesstelle.[1])

2. Umgrenzung.

Wenn dem Gebote der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft vom Gesetz absolute Geltung beigemessen würde, könnte unter Umständen der Fall eintreten, dass angesichts des Verhaltens des einen Gatten die Zumutung der Aufrechterhaltung der Lebensgemeinschaft an den anderen Gatten als unsittlich erscheinen müsste, dass also das Sittengesetz mit sich selbst in Widerspruch treten müsste. Deshalb hat der Gesetzgeber die Grenzen der Verpflichtung genau umschrieben und erstreckt sich demgemäss die Verpflichtung nur insoweit, als 1. sie sich nicht als Missbrauch dieses Rechtes darstellt (§ 1353 Abs. II Satz 1), oder 2. der andere Ehegatte zur Erhebung der Scheidungsklage berechtigt ist (§ 1353 Abs. II Satz 2), oder 3. nicht auf Antrag eines Gatten durch einstweilige Verfügung des Gerichts das Getrenntleben der Ehegatten für die Dauer eines auf Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe gerichteten Rechtsstreites gestattet wurde (§ 627 Z. P. O.).

Der erste Befreiungsgrund, der erst durch den Entwurf II des B. G. B. aufgestellt wurde, greift gleichfalls auf das Sittengesetz zurück und stellt hier ein allgemeines Prinzip auf: Kein Ehegatte kann die Herstellung des ehelichen Lebens begehren, wenn sich dieses Verlangen als Missbrauch seines Rechtes darstellt. Das Gesetz bezeichnet weder die einzelnen Fälle, in denen das Verlangen nach Herstellung der Lebensgemeinschaft als Missbrauch gelten soll, noch stellt es für die

[1]) Vgl. Jacobi, Das persönliche Eherecht S. 63.

Entscheidung der Frage, ob im einzelnen Falle ein Missbrauch vorliegt, Merkmale zur Verfügung. Der Entwurf I gab zwar ein solches Kriterium, indem er als Missbrauch jedes mit der rechten ehelichen Gesinnung nicht vereinbare Verlangen bezeichnete, die diesbezügliche Bestimmung wurde aber im Entwurf II mit Recht gestrichen, nachdem es sich aus dem Begriff der Lebensgemeinschaft von selbst ergibt. Bei der Beurteilung soll lediglich das Sittengesetz entscheiden. Befreit es den einen Ehegatten von der Erfüllung einer ihm sonst durch die eheliche Lebensgemeinschaft auferlegten Verpflichtung, so liegt in dem Verlangen des anderen Ehegatten auf Erfüllung dieser Verpflichtung ein Rechtsmissbrauch; bei der Beurteilung können die verschiedensten Umstände wie die Lebens- und Erwerbsverhältnisse, die soziale Stellung der Ehegatten, deren körperliche Eigenschaften, örtliche Sitten usw. von Bedeutung sein. Unter Berücksichtigung der obwaltenden Umstände ist sodann zu prüfen, ob ein bestimmtes Verlangen eines Ehegatten mit den sittlichen Normen und mit der rechten ehelichen Gesinnung in Einklang steht. Die Entscheidung erfolgt nach freiem richterlichen Ermessen.

Der zweite Befreiungsgrund ist ein besonderer, durch positive gesetzliche Bestimmung geregelter. Beim Vorliegen eines Scheidungsgrundes ist der zur Erhebung der Klage auf Scheidung berechtigte Ehegatte ohne richterliche Ermächtigung befugt, auch wenn ein Missbrauch seitens des anderen Ehegatten nicht vorliegt, die eheliche Lebensgemeinschaft aufzuheben und deren Wiederherstellung zu verweigern. Dass in dem Verlangen des schuldigen Ehegatten auf Herstellung der Lebensgemeinschaft nicht gleichzeitig auch ein Missbrauch seines Rechtes liegt, ist sehr wohl anzunehmen, wenn beispielsweise der Scheidungsgrund zeitlich weit zurückliegt oder der schuldige Ehegatte tiefe Reue über seine Tat bekundet oder ihn die Sorge für das Wohl und die Erziehung der gemeinschaftlichen Kinder zu seinem Verlangen veranlasst.

Praktische Bedeutung hat der zweite Befreiungsgrund nur für die Scheidungsgründe der schuldhaften Verletzung ehelicher Pflichten. Der Scheidungsgrund der Geisteskrankheit scheidet aus, da für den Geisteskranken gemäss § 612 Abs. II Z. P. O.

keine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erhoben werden kann. Falls nun der scheidungsberechtigte Ehegatte von der ihm zustehenden Befugnis Gebrauch macht und ohne Vorliegen eines Missbrauches und ohne richterliche Ermächtigung, die durch Erhebung der Scheidungsklage herbeigeführt werden müsste, die eheliche Lebensgemeinschaft aufhebt, kann der andere Ehegatte dieser Trennung durch Erzwingung der Scheidungsklage oder der Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft ein Ende bereiten. Wenn er nämlich an den scheidungsberechtigten, die häusliche Gemeinschaft aufhebenden Ehegatten gemäss § 1571 Abs. II die Aufforderung richtet, entweder die häusliche Gemeinschaft herzustellen oder die Scheidungsklage zu erheben, und letzterer dieser Aufforderung nicht binnen einer vom Empfang der Aufforderung an laufenden Frist von sechs Monaten nachkommt, so verliert der Scheidungsberechtigte mit Ablauf dieser Frist nicht nur gemäss § 1571 Abs. 1 das Recht, auf Scheidung zu klagen, sondern auch infolge Wegfalls des Scheidungsrechtes die Befugnis aus § 1353 Abs. II Satz 2 die Herstellung der Lebensgemeinschaft fernerhin zu verweigern.

Der dritte Befreiungsgrund endlich stützt sich auf richterliche Anordnung. Er hat lediglich die Rechtshängigkeit eines Rechtsstreites auf Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe zur Voraussetzung und ist von der Prüfung der Frage, ob ein Rechtsgrund zur Scheidung, Nichtigkeitserklärung oder Anfechtung der Ehe gegeben ist, völlig unabhängig. Zur Herbeiführung der richterlichen Verfügung ist nicht nur der klageberechtigte Teil sondern auch der Gegner befugt.

In diesen drei Gründen ist die rechtliche Möglichkeit der Befreiung von den Pflichten der ehelichen Gemeinschaft erschöpfend geregelt. Jeder vertragsmässige Ausschluss der ehelichen Gemeinschaft oder ihrer rechtlichen Folgen würde dem Wesen der Ehe widersprechen und gegen die guten Sitten verstossen, ein derartiges Rechtsgeschäft wäre daher nach § 138 Abs. I nichtig.

3. Rechtliche Bedeutung.

Bei dem Einfluss, den die Gesetzgebung im § 1353 Abs. I dem Sittengesetz auf die Gestaltung der personenrechtlichen

Beziehungen der Ehegatten einräumt, und bei dem Widerspruch, in welchem die Erzwingbarkeit der Pflichterfüllung mit dem freien sittlichen Empfinden steht, ist die unmittelbare Verfolgung der aus § 1353 Abs. I sich ergebenden Rechte und Pflichten im Klagewege durch Erhebung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens von verhältnismässig geringer Bedeutung. Die Hauptbedeutung des § 1353 Abs. I liegt vielmehr darin, dass die Verletzung der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft das Recht auf Scheidung gewähren kann, dass er also die Grundlage für die Scheidungsklage bildet. Von den absoluten Scheidungsgründen bedarf es zwar bei Ehebruch und Lebensnachstellung (§§ 1565 und 1566) keines Zurückgreifens auf § 1353 I, wohl aber bei der Scheidung wegen böslicher Verlassung und zwar sowohl Desertion wie Quasidesertion (§ 1567). Hier wird fast regelmässig die Frage zu prüfen sein, ob nicht die Voraussetzungen des § 1353 Abs. II ein Getrenntleben der Ehegatten rechtfertigen. Im Falle der Quasidesertion schreibt das Gesetz sogar vor, dass diese Frage vorher in einem eigenen Rechtsstreit rechtskräftig richterlich entschieden worden ist (§ 1567 Abs. II Ziff. 1). Von den relativen Scheidungsgründen des § 1568 basiert derjenige wegen schwerer Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten direkt auf § 1353 I; denn die durch die Ehe begründeten Pflichten wurzeln vorzugsweise in der ehelichen Lebensgemeinschaft; ob eine Verletzung derselben vorliegt, bemisst sich nach dem Masstab, den § 1353 I bietet. Hieher gehören vor allem hartnäckige Versagung der ehelichen Pflicht und Entziehung des Unterhaltes und der Pflege.

4. Rechtliche Folgen.

Die rechtlichen Folgen der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft sind teils personenrechtlicher, teils vermögensrechtlicher Natur. Während die letzteren ausschliesslich dem Privatrechtsgebiete angehören, verteilen sich die ersteren sowohl auf das öffentliche wie auf das Privatrecht. Als besondere Merkmale sind ihnen allen gemeinsam, dass sie die Regelung persönlicher Rechtsbeziehungen der Ehegatten

zu einander betreffen und grundsätzlich zwingenden Rechts, der Ausserkraftsetzung durch Vertragswillkür entzogen sind.

I. In personenrechtlicher Beziehung gehören hieher:

a) aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts:

1. die §§ 11, 13 und 19 des Reichsgesetzes über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit, wonach sich die Verleihung der Staatsangehörigkeit wie auch die Entlassung aus dem Staatsverbande zugleich auf die Ehefrau erstreckt, während die Staatsangehörigkeit einer Deutschen durch Verheiratung mit dem Angehörigen eines anderen Bundesstaates oder mit einem Ausländer verloren geht;
2. Art. 4 Abs. I des bayerischen Heimatgesetzes, welches bestimmt, dass die Ehefrau der Heimat des Mannes folgt;
3. § 2 Abs. II des Reichsgesetzes über die Freizügigkeit, wonach die Frau zur Niederlassung und zum Aufenthalt an einem Ort der Genehmigung des Mannes bedarf;
4. § 383 Abs. I Ziff. 2 C. P. O. und § 51 St. P. O., welche die Ehegatten vom Zeugniszwang gegen einander befreien und zwar auch dann, wenn die Ehe nicht mehr besteht;
5. die §§ 149 Abs. I und 340 Abs. I St. P. O. und 195 St. G. B., welche dem Manne die Möglichkeit gewähren, die Frau in Strafsachen zu verbeistanden, Rechtsmittel für sie selbständig einzulegen und ihre Ehre durch selbständige Stellung des gesetzlich erforderlichen Strafantrages gegen Angriffe zu schützen;

b) aus dem Gebiete des Privatrechtes:

1. die §§ 1354—1356 und 10 B. G. B., welche die rechtliche Stellung der beiden Ehegatten zu einander in der Organisation der Lebensgemeinschaft regeln und zwar in § 1354 das eheherrliche Entscheidungsrecht in allen die Lebensgemeinschaft betreffenden Angelegenheiten, insbesondere das Bestimmungsrecht über Wohnort und Wohnung und die Folgepflicht der Frau, in § 10 den Einfluss dieser Folgepflicht der Frau auf die rechtliche Bestimmung ihres Wohnsitzes, in § 1356 die hausfraulichen Befugnisse in der Leitung des Hauswesens und in § 1355

die Berechtigung und Verpflichtung der Frau zur Führung des Familiennamens des Mannes;

2. § 204 Satz I B. G. B., welcher durch die Hemmung der Verjährung von Ansprüchen aller Art zwischen Ehegatten auf die Dauer der Ehe den Zwang zur Klageerhebung beseitigen und dadurch Störungen des ehelichen Verhältnisses fernhalten will;[1])
3. die §§ 1726 und 1746, welche mit Rücksicht auf die eheliche Lebensgemeinschaft das Erfordernis der Einwilligung der Ehefrau zur Ehelichkeitserklärung eines Kindes durch den Mann und bezw. der Einwilligung des einen Ehegatten zur Annahme eines Dritten an Kindesstatt durch den anderen Gatten oder zur Annahme des anderen Gatten durch einen Dritten an Kindesstatt vorschreiben.

II. In vermögensrechtlicher Beziehung stellt das Gesetz als Folgen der Lebensgemeinschaft fest:

in § 1358 die Rechtsfolgerungen aus der Stellung des Mannes in der ehelichen Lebensgemeinschaft, in § 1357 jene aus der Stellung der Frau,

in § 1359 den Umfang der gegenseitigen Haftung der Ehegatten, und

in den §§ 1360 und 1361 die Regelung der gegenseitigen Unterhaltungspflicht der Ehegatten.

Bezüglich der dem Privatrechtsgebiete angehörigen Folgen der Verpflichtung zur Lebensgemeinschaft kommt im einzelnen folgendes zu bemerken.

A. Die personenrechtlichen Wirkungen der ehelichen Lebensgemeinschaft.

a) Rechtliche Stellung des Mannes.

Für die Regelung der äusseren Lebensordnung der ehelichen Gemeinschaft sind die beiden unter sich im innigsten Zusammenhang stehenden §§ 1354 und 1356, von denen ersterer hauptsächlich die Stellung des Mannes, letzterer jene der Frau

[1]) Denkschrift z. Entw. eines B. G. B. S. 54.

ordnet, massgebend. Die Regelung selbst ist nach dem Grundgedanken erfolgt, dass in der Lebensgemeinschaft das zur Einheit verschmolzene Ehepaar herrscht, dargestellt durch den Mann als vertretendes und leitendes Haupt und durch die Frau als leitende und mitvertretende Herrin des Hauswesens.[1]) Eine eheherrliche Überordnung des Mannes oder eine Gehorsamspflicht der Frau, wie sie *art. 213 cod. civ.* statuiert, ist dem B. G. G. ebenso unbekannt wie ein eheherrliches Züchtigungsrecht im Sinne des Bayer. Landrechts (*p.* I *cap.* 6 § 12 Ziff. 3).

Wenn auch die gleiche Berechtigung der Ehegatten im Gesetz ausdrücklich anzuerkennen seitens des Gesetzgebers abgelehnt wurde, so folgt sie, was das innere Wesen der Ehe anlangt, schon aus § 1353, beide Ehegatten sind infolge der Verpflichtung zur Lebensgemeinschaft gleich berechtigt und verpflichtet, zu einer dem rechten Wesen der Ehe entsprechenden Gestaltung des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens mitzuwirken. Dagegen musste bei Meinungsverschiedenheiten über die mehr äusserlichen, wie Planck[2]) sagt „tausendfältigen, an sich gleichgültigen Fragen des täglichen Lebens, die aber doch entschieden werden müssen, wenn die Ehegatten eine wirtschaftliche Gemeinschaft haben wollen", eine Instanz zu deren Entscheidung berufen werden und hier entsprach es der natürlichen Ordnung des Verhältnisses, dass die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten dem Manne als dem Haupt der Familie zuerkannt wurde,[3]) wie dies in § 1354 Abs. I der Fall ist. Selbstverständlich obliegt jedoch auch hier den beiden Ehegatten die Pflicht zur möglichsten Erstrebung eines Einverständnisses; das Verhalten beider Ehegatten hiebei kann für die Begründung der Einrede des Missbrauchs seitens der die Befolgung der Entscheidung verweigernden Ehefrau sehr wichtig werden.

Das Entscheidungsrecht des Mannes bei Meinungsverschiedenheiten umfasst alle das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten, also auch die Angelegenheiten des Hauswesens, nicht aber die persönlichen Angelegenheiten der Frau.

---

[1]) Wieruszowski Handbuch des Eherechts S. 10. — [2]) Sten. Ber. S. 198. — [3]) Mot. IV. S. 105, Denkschr. S. 266.

Soweit nicht die Meinungsverschiedenheit sich auf die Ausübung der elterlichen Gewalt über die gemeinschaftlichen Kinder bezieht, bei welcher nach § 1634 die Meinung des Vaters ohne Rücksicht auf etwaigen Missbrauch vorgeht, wird das Entscheidungsrecht des Mannes eingeschränkt durch die Bestimmung im Abs. II des § 1354, wonach die Frau nicht verpflichtet ist, seiner Entscheidung Folge zu leisten, wenn sich dieselbe als Missbrauch seines Rechtes darstellt. Ob und in wieweit dies der Fall ist, hat der Richter unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles, der sozialen und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten, ihrer körperlichen Eigenschaften usw. nach freiem Ermessen zu entscheiden.

Die Vorschrift des § 1354 Abs. I ist eine absolute und ist daher ihre Ausschliessung oder Beschränkung durch Vereinbarung der Ehegatten nichtig. Dieser Satz ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehoben, allein wie die Motive[1]) erklären, bedurfte es dessen nicht im Hinblick auf den § 106 (des Entwurfes, § 138 B. G. B.), welcher Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt, die gegen die guten Sitten verstossen.

b) Familiennamen.

Es ist eine natürliche Folge der Innigkeit und der das ganze Leben umfassenden Bedeutung der ehelichen Gemeinschaft, dass beide Ehegatten denselben Familiennamen führen.[2]) Durch die einheitliche Namensführung wird die Einheit der Ehegatten nach aussen dokumentiert.[3]) Deshalb ist die einheitliche Namensführung auch in fast allen Kulturstaaten durch Gesetz oder Rechtssitte eingeführt.[4])

Die Stellung des Mannes bringt es mit sich, dass die Frau den Familiennamen des Mannes erhält,[5]) wie dies in § 1355 angeordnet ist. Vom Zeitpunkt der Eheschliessung ab ist die Frau zur Führung dieses Namens nicht nur berechtigt sondern auch verpflichtet. Eine vertragsmässige Entbindung der Frau von dieser Verpflichtung steht mit Rücksicht darauf, dass eben durch den gemeinsamen Familiennamen die eheliche Gemein-

[1]) Mot. IV. S. 106. — [2]) Das. — [3]) Denkschr. S. 266. — [4]) Nur auf der iberischen Halbinsel lässt die Sitte der Frau die Wahl, den Namen des Mannes anzunehmen oder nicht. — [5]) Mot. IV. S. 106.

schaft der Gatten ihre Verkörperung findet, im Widerspruch mit dem Wesen der Ehe und ist daher nach § 138 nichtig.

Falls die Frau die Verpflichtung zur Namensführung verletzen würde, ist der Mann auf Herstellung des ehelichen Lebens zu klagen berechtigt.[1]) Der Gebrauch eines Doppelnamens oder Pseudonyms durch die Frau ist jedenfalls insoweit gestattet, als die Frau als Künstlerin oder Schriftstellerin ein berechtigtes Interesse hat, dessen Beeinträchtigung seitens des Mannes unter Umständen als Rechtsmissbrauch erscheinen würde. Soweit jedoch der Rechtsverkehr in Frage steht, ist der Gebrauch eines solchen Namens für die Frau ebenso unzulässig wie für den Mann.[2])

Eine Ausnahme erleidet das Recht der Frau auf Führung des Familiennamens nur bei den Mitgliedern der landesherrlichen oder diesen gleichgestellten Familien und des hohen Adels oder der diesem durch Landesgesetze bis zum Inkrafttreten des B. G. B. gleichgestellten Familien, deren Hausgesetzen durch Art. 57 und 58 des Einf.-Ges. zum B. G. B. auch weiterhin Geltung zuerkannt ist. Darüber, dass die Frau auch den Stand des Mannes im privatrechtlichen Sinne teilt, enthält das Gesetz keine Vorschrift, nachdem die Tatsache, dass die Frau an der sozialen Lebensstellung des Mannes Teil nimmt, sich ebensowohl aus dem Prinzip des § 1353 I von selbst ergibt wie aus der Bemessung der Unterhaltspflicht nach der Lebensstellung des Mannes gemäss § 1360 sinngemäss geschlossen werden kann.[3])

c) Folgepflicht der Frau.

Unter den dem Entscheidungsrecht des Mannes unterstellten Angelegenheiten des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens hebt das Gesetz in § 1354 Abs. I Satz 2 das Bestimmungsrecht über Wohnort, d. h. tatsächlichen Aufenthaltsort und Wohnung aus dem Rahmen der allgemeinen Regelung besonders hervor, und zwar erfolgte die Heraushebung mit Rücksicht auf die grosse praktische Wichtigkeit des Satzes.[4])

Durch das Bestimmungsrecht des Mannes ist zugleich die Folgepflicht der Frau gesetzlich festgestellt. Die gesetzliche

[1]) Mot. IV. S. 106. — [2]) Staudinger IV. S. 74. — [3]) Mot IV. S. 107. — [4]) Das. S. 106.

Feststellung der Folgepflicht bildet gleichsam eine Ausführungsvorschrift zur allgemeinen Bestimmung des § 1353, aus der sich ja schon die Pflicht zum häuslichen Zusammenleben ergibt.[1]) Die Umgrenzung dieser Folgepflicht gibt Abs. II des § 1354, der die Frau berechtigt, sich der Verpflichtung zu entziehen, wenn sich der Inhalt der getroffenen Entscheidung als Missbrauch seines Rechtes darstellt. Auch hier hat das Gesetz eine Aufzählung der einzelnen in Betracht kommenden Fälle als entbehrlich erachtet[2]) sondern sich mit der Aufstellung des schon im § 1353 II zum Ausdruck gebrachten leitenden Prinzips begnügt; die Entscheidung ist also auch hier wieder dem Sittengesetz überlassen. Steht das Verlangen des Mannes nach den obwaltenden Umständen in Widerspruch mit den sittlichen Normen und der rechten ehelichen Gesinnung, so ist die Frau der Folgepflicht enthoben. Hiemit beantwortet sich auch die Frage, inwieweit die Frau dem Manne bei einer Verlegung des Wohnsitzes zu folgen verpflichtet ist; die Verschiedenheit und Mannigfaltigkeit der jeweiligen besonderen Umstände lässt eine allgemeine gesetzliche Regelung dieser Frage nicht zu sondern fordert die Entscheidung von Fall zu Fall an der Hand des in Abs. II ausgesprochenen Prinzipes unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falles.[3]) Von den Umständen werden besonders die Gründe der Wohnsitzverlegung, die Fähigkeit des Mannes, der Frau auch am neuen Wohnort standesgemässen Unterhalt und Wohnung leisten zu können, der Einfluss der klimatischen und sanitären Verhältnisse des in Aussicht genommenen Wohnortes auf die Gesundheitsverhältnisse der Frau von Gewicht sein.

Aus der Herrschaft des Sittengesetzes ergibt sich auch die Beantwortung der weiteren Frage, ob das Recht des Mannes, den Wohnort zu bestimmen, durch Vertrag beschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Da das Bestimmungsrecht des Mannes auf dem Wesen der Ehe und der natürlichen Stellung des Mannes in der Ehe beruht, ist es zwingender Natur und deshalb jeder entgegenstehende Vertrag, er mag vor oder nach Eingehung der Ehe geschlossen sein, als nichtig anzusehen.[4])

[1]) Mot. IV. S. 105 und 106. — [2]) Wieruszowski Handb. S. 12. — [3]) Mot. IV. S. 106, Denkschr. S. 266. — [4]) Mot. IV. S. 106.

Eines besonderen Ausdruckes im Gesetze bedurfte es im Hinblick auf § 138 nicht. Wieruszowski[1]) wirft die Frage auf, ob in dem Bruch einer solchen Vereinbarung ein Missbrauch des eheherrlichen Bestimmungsrechtes gefunden werden könne, und bejaht dieselbe. Dem wäre entgegenzuhalten, dass ein solch allgemeiner Verzicht, der naturgemäss in Unkenntnis der noch im Schosse der Zeit ruhenden und im Laufe der Ehe eintretenden Einzelfälle erklärt wird, nicht als eine Betätigung des vom Gesetz für den konkreten Fall eingeräumten Entscheidungsrechtes erachtet werden kann, dass daher hier von einem Missbrauch dieses Rechtes nicht die Rede sein kann.

Verweigert die Frau die Folgepflicht, ohne dass Missbrauch seitens des Mannes vorliegt, so bietet § 1354 ihm die Grundlage für die Erhebung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens wegen böslicher Verlassung. Wenn auch dem Urteil die zwangsweise Verwirklichung versagt ist, so kommt ihm doch grosse Bedeutung bei Beurteilung der Unterhaltungspflicht im Sinne des § 1361 oder als Grundlage für die Scheidungsklage aus § 1567 zu.

Von besonderer Wichtigkeit erscheint der Einfluss der Folgepflicht der Frau auf die rechtliche Bestimmung ihres Wohnsitzes. Nach § 10 Abs. I Satz 1 teilt die Ehefrau den Wohnsitz des Ehemannes und zwar falls der Wohnsitz im Inland liegt, auch dann, wenn sie aus irgend welchen Gründen den tatsächlichen Wohnort des Ehemannes nicht teilt sondern getrennt wohnt. Eine Ausnahme liegt nur dann vor, wenn und insolange der Mann keinen Wohnsitz hat (§ 10 Abs. II) oder wenn der Mann seinen Wohnsitz im Ausland an einem Orte begründet, an den die Frau ihm nicht folgt und zu folgen nicht verpflichtet ist (§ 10 Abs. I Satz 2). In letzterem Falle ist also die rechtliche Bestimmung des Wohnsitzes der Frau abhängig von der Entscheidung der Frage, ob sich das Verlangen des Mannes auf Erfüllung der ehefraulichen Folgepflicht als ein Missbrauch seines Bestimmungsrechtes darstellt. Hat der Mann dagegen seinen bisherigen Wohnsitz aufgegeben, ohne einen neuen zu begründen, so ist die Frage der Folgepflicht ohne

[1]) Handb. S. 12 Note 6.

Einfluss auf die Beurteilung des Wohnsitzes der Frau, sie kann jetzt ihren eigenen Wohnsitz haben bezw. durch Niederlassung an einem Orte begründen.

d) Rechtliche Stellung der Frau.

Wie § 1354 die rechtliche Stellung des Mannes, so regelt § 1356 jene der Frau in der Lebensgemeinschaft. Entsprechend der deutschen Auffassung und Sitte von der Stellung der deutschen Hausfrau ist in § 1356 nicht nur die Verpflichtung sondern auch die Berechtigung der Frau gegenüber dem Manne, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten, betont.[1]) Die Umgrenzung dieses Rechtes gibt die Vorschrift in § 1354 Abs. I, auch in häuslichen Angelegenheiten steht bei Meinungsverschiedenheiten dem Manne das Entscheidungsrecht zu. Eingriffe in die Leitung des Hauswesens, welche sich als Missbrauch seines Entscheidungsrechtes darstellen, darf sich der Mann nicht zu Schulden kommen lassen, noch weniger der Frau die Stellung als Leiterin des Hauswesens entziehen, andernfalls ist die Frau gegen ihn auf Herstellung des ehelichen Lebens zu klagen berechtigt.

Aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft und aus dem der Hausfrau als solcher obliegenden Berufe folgt ihre Verpflichtung zu häuslichen Arbeiten. Da nach deutscher Auffassung aber auch das Geschäfts- und Berufsleben des Mannes von der ehelichen Gemeinschaft ergriffen wird, da es ja die wirtschaftliche Grundlage für dasselbe bildet, darf sich die Frau auch in dieser Richtung der Hilfeleistung nicht entziehen.[2]) Deshalb verpflichtet Abs. II des § 1356 die Frau zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes und setzt gleichzeitig auch die Grenze dieser Verpflichtung fest, indem er dieselbe nur insoweit erstreckt, als eine solche Tätigkeit der Frau den Verhältnissen der Ehegatten angemessen erscheint.

Verweigert die Frau die Leitung des Hauswesens oder die Mitarbeit, so steht dem Manne die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu, die Frau wird ihm aber auch ersatz-

[1]) Mot. IV. S. 107. — [2]) Mot. IV. S. 107; Denkschr. S. 267.

verbindlich. Hat die Frau infolge einer gegen sie begangenen unerlaubten Handlung den Tod, eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit oder eine Freiheitsentziehung erlitten, so hat nach § 845 der Ersatzpflichtige dem Mann für die ihm seitens der Frau in seinem Hauswesen oder Geschäft entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten.

B. Die vermögensrechtlichen Wirkungen der ehelichen Lebensgemeinschaft.

a) im allgemeinen.

Auch die vermögensrechtlichen Folgen der Lebensgemeinschaft beruhen auf dem Grundgedanken von der Einheit und Gemeinsamkeit des ehelichen Bandes und beziehen sich auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten. Allein während die personenrechtlichen Folgen hauptsächlich vom Sittengesetz beherrscht werden und ihr Vollzug daher vorwiegend der freien sittlichen Entschliessung der Ehegatten überlassen werden kann, bedürfen die vermögensrechtlichen Folgen einer eingehenden Regelung durch die Rechtsordnung. Diese Regelung ist erfolgt durch die §§ 1357—1361, und zwar ordnen zunächst die §§ 1357 und 1358 die aus der Forderung der Lebensgemeinschaft ausfliessenden einseitigen Folgen auf vermögensrechtlichem Gebiet, indem § 1358 als Ausfluss aus der dem Manne durch § 1354 zugewiesenen Stellung in der Lebensgemeinschaft dem Manne ein Kündigungsrecht einräumt gegenüber dem dritten, dem die Frau sich zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, während § 1357 die Schlüsselgewalt als Folgerung aus der Stellung zieht, welche § 1356 der Frau als Leiterin des Hauswesens zuweist. In den §§ 1359—1361 werden sodann jene aus der Lebensgemeinschaft abfliessenden vermögensrechtlichen Wirkungen geordnet, welche für beide Ehegatten Rechte bezw. Pflichten begründen, und zwar setzt § 1359 das Mass der von beiden Ehegatten gegen einander zu beobachtenden Sorgfalt fest und die §§ 1360 und 1361 regeln die gegenseitigen Unterhaltspflichten der Ehegatten.

Bevor wir nun auf die Erörterung der einzelnen Vorschriften des Näheren eingehen, bedarf zunächst die Wirkung

der Ehe auf die Geschäftsfähigkeit der Frau einer Untersuchung.

b) Geschäftsfähigkeit der Frau.

Das B. G. B. hat der Frau volle unbeschränkte Gescäftsfähigkeit eingeräumt. Zwar hat das Gesetz diesen Grundsatz nirgends ausdrücklich ausgesprochen, allein er geht schlüssig hervor einmal aus § 1399 Abs. I, wonach die Frau zu Rechtsgeschäften, durch die sie sich zu einer Leistung verpflichtet, der Zustimmung des Mannes nicht bedarf, zum andern daraus, dass das Gesetz die wenigen Fälle, in denen die Frau in ihren rechtlichen Entschliessungen an die Zustimmung des Mannes gebunden ist, ausdrücklich hervorgehoben hat. Es sind dies die §§ 1746 Abs. I, 1783 und 1887, welche die Einwilligung des Mannes bei der aktiven und passiven Annahme an Kindesstatt, und bei der Übernahme und Fortführung einer Vormundschaft betreffen. Das Erfordernis der Zustimmung des Mannes wurde in all diesen Fällen lediglich auferlegt mit Rücksicht auf die tief einschneidenden Wirkungen dieser Rechtsgeschäfte auf das gemeinsame eheliche Leben. Aus dem gleichen Grunde ist auch der Mann an die Zustimmung der Frau gebunden bei der Ehelichkeitserklärung (§ 1726) und bei der aktiven und passiven Annahme an Kindesstatt (§ 1746).

Im Übrigen kennt das B. G. B. weder eine Beschränkung der Frau in der Übernahme fremder Verbindlichkeiten noch ein Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. Durch den ehelichen Güterstand wird die Selbständigkeit der Frau gleichfalls nicht berührt. Zwar kann der die Ehe beherrschende Güterstand zur Folge haben, dass die Frau in der Verfügung über die infolge des Güterstandes der Gerechtsame des Mannes unterworfenen Bestandteile ihres Vermögens der Zustimmung des Mannes bedarf, allein hierin liegt keine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit sondern nur die rechtliche Behinderung der freien Verfügung über Vermögenswerte durch die Belastung mit dem Rechte eines Dritten und zwar mit einem eigentümlichen dinglichen Rechte des Ehemannes.[1]) Die Frau ist also weder als solche noch durch das die Ehe beherrschende Güter-

[1]) Mot. z. Entw. I Bd. IV S. 225; Wieruszowski Handb. S. 19.

recht in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt, nur die güterrechtlichen Gerechtsame des Mannes am Vermögen der Frau sind gegen einseitige, eigenmächtige Eingriffe der Frau geschützt.

Aus der Rechtsfähigkeit der Frau folgt auch deren Befugnis zum selbständigen, von der Zustimmung des Mannes unabhängigen Betriebe eines Gewerbes oder Handelsgewerbes. Die bisher erforderliche Einwilligung des Ehemannes zum Betrieb eines selbständigen Handelsgeschäftes durch die Frau wurde durch das neue Handelsgesetzbuch vom 10. V. 97 beseitigt. Zwar kann der Mann kraft des ihm aus § 1354 zustehenden Entscheidungsrechtes der Frau auch den selbständigen Betrieb eines Gewerbes oder Handelsgewerbes untersagen und die Frau muss dieser Entscheidung Folge leisten, soweit sich das Verbot nicht als Missbrauch seines Rechtes darstellt, allein die Rechtsstellung, welche die Frau infolge ihres Betriebes einnimmt, wird durch dieses Verbot in keiner Weise berührt. Die vermögensrechtlichen Voraussetzungen und Folgen des Handels- oder Gewerbebetriebes wie eines jeden selbständigen Betriebes eines Erwerbsgeschäftes überhaupt seitens der Frau beurteilen sich nach den Grundsätzen des ehelichen Güterrechtes und fallen nicht in den Rahmen dieser Darstellung.

Wie nun einerseits die rechtsgeschäftliche Selbständigkeit der Frau durch die Ehe in keiner Weise beschränkt wird, so wird andrerseits die geschäftsbeschränkte Frau durch die Eingehung der Ehe nicht geschäftsfähig sondern bleibt bis zum Eintritt der Volljährigkeit der elterlichen bezw. vormundschaftlichen Gewalt unterworfen mit der Massgabe, dass sich diese gemäss § 1633 nur auf die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten beschränkt, während die Sorge für das Vermögen dem Manne zufällt.

c) Das Kündigungsrecht des Mannes aus § 1358.

Wie im Vorstehenden erörtert, ist die Frau in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt, sie kann sich also auch, ohne der Zustimmung des Mannes zu bedürfen, einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung rechtsgültig und rechtswirksam verpflichten. Durch die Er-

füllung dieser Verpflichtung wird aber die Frau möglicherweise dem aus der ehelichen Lebensgemeinschaft sich ergebenden Pflichtenkreis entzogen [1]) und das aus der Lebensgemeinschaft abfliessende Recht des Mannes auf die Person der Frau gekränkt. Wohl kann der Mann in diesem Falle ihr kraft seines Entscheidungsrechtes aus § 1354 die Übernahme einer solchen Verpflichtung untersagen und ihr im Falle der Nichtbefolgung die Pflichtwidrigkeit ihres Verhaltens durch eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens dartun lassen und ihr äusserstenfalles eine Scheidungsklage in Aussicht stellen. [2]) Allein dies reicht nicht aus zum Schutze seines Rechtes auf die Person der Frau gegen die hier fraglichen Rechtsgeschäfte der Frau.[3]) Denn wenn die Frau auch seiner Entscheidung Folge leisten würde, könnte sie das einmal eingegangene Vertragsverhältnis nicht einseitig lösen, der Vertragsgegner würde sie vielmehr durch Klage und Vollstreckung zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung zwingen können.

Deshalb hat das Gesetz durch § 1358 dem Manne das Recht eingeräumt, das von der Frau eingegangene Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen und es damit für die Zukunft aufzuheben. Die Ausübung dieses Kündigungsrechtes ist jedoch an folgende Voraussetzungen gebunden:

1. Es muss sich um eine Leistung handeln, welche die Frau in Person zu bewirken hat. Es handelt sich also hier um alle jene Rechtsgeschäfte, durch welche die Verpflichtung der Frau zu einer persönlichen Tätigkeit begründet wird. Ob die Frau die Leistung in Person bewirken muss oder ob auch die Leistung durch einen Dritten zulässig ist, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen; jedenfalls ist die Leistung in Person überall da erforderlich, wo dies ausdrücklich vereinbart wurde oder nach dem Vertragsinhalt als gewollt erscheint. Im Zweifel wird persönliche Erfüllung präsumiert beim Dienstvertrag, beim Auftrag und beim Verwahrungsvertrag.

---

[1]) Denkschr. S. 268. — [2]) Wieruszowski S. 22/3. — [3]) Mot. IV. S. 110.

2. Die Verpflichtung darf von der Frau erst nach Eingehung der Ehe übernommen worden sein. Hat sich die Frau vorher verpflichtet, so steht dem Manne nachträglich kein Mittel zu Gebote, das Vertragsverhältnis zu lösen. Die Frau jedoch ist in der Lage, das eingegangene Rechtsverhältnis anlässlich ihrer Verheiratung an der Hand der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen fristlos zu kündigen,[1]) wenn die Aufrechterhaltung desselben mit den Pflichten der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht vereinbar ist oder der Mann die weitere Aufrechterhaltung ohne Missbrauch seines Entscheidungsrechtes untersagt, da hierin der vom Gesetz in den §§ 626, 671 Abs. III, 696 und 723 als Voraussetzung der fristlosen Kündigung geforderte wichtige Grund gefunden werden muss.

3. Die beiden Ehegatten müssen in häuslicher Gemeinschaft leben. Solange die Gatten getrennt leben, ruht das Kündigungsrecht des Mannes und zwar gleichviel aus welchen Gründen die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft erfolgt ist und ob die Frau zur Aufhebung derselben berechtigt war oder nicht. Denn wenn die häusliche Gemeinschaft aufgelöst ist, fällt der hauptsächlichste Zweck des Kündigungsrechtes, dem Manne Schutz gegen die Entfremdung der Frau durch Eingehung solcher Rechtsgeschäfte zu gewähren[2]) und die Tätigkeit der Frau dem gemeinschaftlichen Hauswesen zu erhalten,[3]) hinweg und von einer Beeinträchtigung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch die Verpflichtung der Frau gegenüber einem Dritten kann mithin nicht mehr die Rede sein, andrerseits wäre es unbillig, der Frau in einer solchen Lage die Erwerbsgelegenheit zu unterbinden. Solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist, ruht das Kündigungsrecht des Mannes auch bezüglich derjenigen Leistungsverbindlichkeiten, welche die Frau etwa noch während des Bestehens der häuslichen Gemeinschaft übernommen hat; umgekehrt tritt das Kündigungsrecht des Mannes hinsichtlich der während der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft eingegangenen Leistungsverpflichtungen in Kraft, sobald die häusliche Gemeinschaft von den Ehegatten wieder aufgenommen worden ist.

---

[1]) Mot. IV. S. 110. — [2]) Mot. IV. S. 111. — [3]) Denkschr. S. 268.

Nicht an das Erfordernis der häuslichen Gemeinschaft gebunden ist das Kündigungsrecht des Mannes, wenn die Frau die häusliche Gemeinschaft gerade zum Zweck der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten einem Dritten gegenüber aufgegeben hat.[1]) Aus der allgemein gehaltenen Fassung des Gesetzes folgt dies zwar nicht ohne weiteres, allein die gegenteilige Annahme würde mit dem Zweck der Vorschrift in direkten Widerspruch treten.

4. Der Mann muss seitens des Vormundschaftsgerichts zur Vornahme der Kündigung ermächtigt worden sein. Die Erteilung der Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht ist ihrerseits wieder an eine Voraussetzung geknüpft, dass nämlich durch die in Frage stehende Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt werden. Findet das Vormundschaftsgericht nach Prüfung der Einzelheiten des Falles, dass diese Voraussetzung gegeben ist, so muss es die Ermächtigung erteilen.

Die Bedingung der Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht war notwendig, um einerseits die Interessen der Frau und eventuell der Familie von der Willkür des Mannes unabhängig zu machen, andrerseits einer missbräuchlichen Lösung eines lästig gewordenen Rechtsverhältnisses gegenüber dem Dritten seitens der Frau durch Zuhilfenahme des Kündigungsrechtes des Mannes vorzubauen und so die wohlerworbenen Rechte Dritter zu schützen. Die Frau kann zwar, wenn sich die Verweigerung der Zustimmung des Mannes als ein Missbrauch seines Rechtes darstellt, auch mit Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens aus § 1353 Abs. 1 gegen ihn vorgehen, allein praktische Bedeutung hat diese Möglichkeit nur dann, wenn sich die Zustimmungsverweigerung als eine so schwere Störung des ehelichen Lebens darstellt, dass das ergehende Urteil zur Begründung der Scheidungsklage aus § 1568 benützt wird. In den gewöhnlichen Fällen empfiehlt sich dieser Weg seiner Umständlichkeit und Kosten halber nicht sondern bringt die Anrufung des Vormundschaftsgerichts die einfachste, rascheste, billigste und den ehelichen Frieden am wenigsten

[1]) Mot. IV. S. 113

gefährdende Hilfe. Das Verfahren bei Erteilung der Ermächtigung bemisst sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Das Kündigungsrecht des Mannes ist nach Abs. II des § 1358 gesetzlich ausgeschlossen, wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt d. h. der Frau entweder vor Abschluss des Vertrages seine Einwilligung oder nachträglich seine Genehmigung erteilt hat. Die Zustimmungserklärung kann sowohl gegenüber der Frau wie gegenüber ihrem Vertragsgegner erfolgen. Ist sie einmal erteilt, so ist eine nachträgliche Widerrufung für die Dauer des Vertragsverhältnisses ausgeschlossen, auch wenn infolge nachträglich eingetretener Umstände die Vertragserfüllung den ehelichen Interessen widerstreitet, da im Falle der einmal erteilten Zustimmung die ehelichen Interessen hinter die wohl erworbenen Rechte des Dritten zurücktreten müssen.

Das Vormundschaftsgericht kann die Zustimmung des Mannes auf Antrag ersetzen, 1. wenn der Mann durch Krankheit oder Abwesenheit an der Erklärungsabgabe verhindert und mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, 2. wenn die Verweigerung der Zustimmung sich als Missbrauch seines Rechtes darstellt. Ob dies der Fall ist, hat das Vormundshaftsgericht unter Würdigung der Umstände des einzelnen Falles nach freiem Ermessen zu beurteilen. Selbst wenn jedoch das Vormundschaftsgericht eine dieser Voraussetzungen für gegeben erachtet, kann es die Zustimmung verweigern und den Antrag der Frau zurückweisen. Die Entscheidung, ob die Zustimmung des Mannes zu ersetzen sei, sollte mit Rücksicht auf das Überwiegen der Interessen des ehelichen Friedens [1]) gegenüber den Vorteilen des Einzelfalles ganz dem richterlichen Ermessen anheim gestellt werden.

Die Rechte des Mannes auf die Person der Frau sind höchstpersönlicher Natur, demzufolge ist auch das Kündigungs- und Zustimmungsrecht höchstpersönlicher Natur,[2]) was in Abs. III des § 1358 anerkannt ist.

---

[1]) Wieruszowski S. 33. — [2]) Mot. IV. S. 113.

Zustimmung wie Kündigung kann nicht durch einen Vertreter, auch nicht den gesetzlichen, erfolgen. Ist der Mann in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er weder zur Zustimmung noch zur Kündigung der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters; ist er geschäftsunfähig, so ruht insolange sein Kündigungsrecht, während seine Zustimmung gemäss Abs. II Satz 2 des § 1358 auf Antrag der Frau vom Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann.[1])

Die Wirkung der Kündigung besteht darin, dass das durch die Übernahme der Verpflichtung zwischen der Frau und dem Dritten begründete Rechtsverhältnis durch die Kündigung für die Zukunft aufgehoben wird, während es für die Vergangenheit bestehen bleibt. Hierin beruht die Abweichung des Kündigungsrechtes vom Anfechtungsrecht, welches nach § 142 das anfechtbare Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig ansieht. Mit Rücksicht auf die Bedeutung dieser Abweichung wurde das im Entwurf I vorgesehene Anfechtungsrecht zu Gunsten des Kündigungsrechtes fallen gelassen. Hinsichtlich der vor der Kündigung fälligen und bei derselben rückständigen Leistungen hat der Dritte das Recht auf Nachleistung und, soweit eine solche durch die Natur des Rechtsgeschäftes oder der Leistung ausgeschlossen ist,[2]) auf Schadenersatz.

Durch die Kündigung des Mannes wird die Bewirkung der Leistung der Frau zwar nicht physisch aber rechtlich unmöglich gemacht. Da diese Unmöglichkeit durch einen Dritten, den Mann, herbeigeführt wird, ist sie weder von der Frau noch von ihrem Vertragsgegner zu vertreten, ausgenommen die Frau hätte für die Nichtausübung des Kündigungsrechts durch den Mann eine besondere Garantie übernommen. Die Frau wird also gemäss § 275 ff. von der Verpflichtung zur Leistung wie von der Schadenersatzpflicht für das Unterbleiben der künftigen Leistungen frei und zwar auch dann, wenn der Vertragsgegner beim Vertragsabschluss nicht wusste, dass er mit einer Ehefrau abschliesse, da ihm wie in Ansehung der Geschäftsfähigkeit des anderen Kontrahenten so auch in der hier

[1]) Mot. IV. S. 112. — [2]) Prot. IV. S. 104.

fraglichen Beziehung die Erkundigungspflicht obliegt.[1]) Nur wenn die Frau den Dritten über ihre Eigenschaft als Ehefrau oder über das Vorliegen der Zustimmung des Mannes oder ihrer Ersetzung durch das Vormundschaftsgericht arglistig getäuscht hat, so bleibt ihm der Anspruch auf Schadenersatz nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze über Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen gemäss § 823 ff. selbstverständlich vorbehalten.[2])

d) Die Schlüsselgewalt der Frau.

Aus der Stellung, welche die Ehefrau in der ehelichen Lebensgemeinschaft kraft des § 1356 als Leiterin des Hauswesens einnimmt, folgt, dass die Frau das Recht haben muss, die zur Erfüllung ihres Berufes, dem gemeinschaftlichen Hauswesen vorzustehen, erforderlichen Verfügungen zu treffen und die dazu notwendigen Rechtsgeschäfte abzuschliessen und zwar ohne Rücksicht auf die Art des ehelichen Güterstandes.[3]) Aus dieser Erwägung zieht § 1357 die vermögensrechtlichen Folgen des § 1356, indem er der Frau die Schlüsselgewalt überträgt d. h. das Recht verleiht, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten.

Die Wirkung der Schlüsselgewalt äussert sich nach zwei Richtungen, 1. nach innen, in den Rechtsbeziehungen der Frau zum Manne, 2. nach aussen, im Rechtsverkehr mit Dritten.

Nach innen ist die Frau durch § 1357 berechtigt zur Besorgung der Geschäfte des Mannes innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises. Damit ist das Rechtsverhältnis der Frau gegenüber dem Manne selbst festgestellt. Durch die Ausübung der Schlüsselgewalt übernimmt die Frau die unentgeltliche Besorgung der Geschäfte des Mannes als dessen Beauftragte, der Mann ist Auftraggeber und wird als solcher der Frau gegenüber aus diesen Geschäften berechtigt und verpflichtet, nur leitet sich diese beiderseitige Stellung nicht aus einem jeweils von Fall zu Fall durch Antrag und Annahme zustande gekommenen, seinem Umfange nach durch den Rechts-

[1]) Mot. IV. S. 112. — [2]) Das. — [3]) Mot. IV. S. 117.

willen der Parteien genau begrenzten Auftragsverhältnis ab sondern entsteht kraft des Gesetzes als Wirkung der Ehe und hat einen gesetzlich genau fixierten Inhalt. Es liegt also ein Auftragsverhältnis im Sinne der §§ 662 ff. vor, deren Bestimmungen auf dasselbe demgemäss Anwendung zu finden haben, insoweit sie auf das Rechtsverhältnis zwischen Ehegatten passen. Nicht anwendbar sind die §§ 671—674 über die Erlöschungsgründe des Auftragsverhältnisses. Die Bestimmungen in §§ 672 und 673 über die Pflicht zur Fortsetzung der Geschäftsbesorgung nach Erlöschen des Auftrages und in § 674 über die gutgläubige Fortführung des erloschenen Auftrages sind an sich anwendbar, entbehren jedoch der praktischen Bedeutung. Nicht anwendbar ist ferner § 665, wonach für den Beauftragten der in den Weisungen des Auftraggebers zu tage getretene Wille des letzteren massgebend ist, während in der Ausübung der Schlüsselgewalt nicht der Wille des Mannes sondern das Ermessen der Frau bestimmend ist.[1]) Nicht anwendbar ist endlich der Haftungsgrundsatz des § 276, der durch den für alle aus dem ehelichen Verhältnis sich ergebenden Verpflichtungen gleichmässig geltenden § 1359 ersetzt wird, sodass als Masstab für die Haftung der Frau auch bei der Ausübung der Schlüsselgewalt nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt sondern diejenige Sorgfalt gilt, welche sie in eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt; mehr als die verkehrsübliche Sorgfalt hat sie jedoch unter keinen Umständen anzuwenden, auch wenn sie in eigenen Angelegenheiten über dieses Mass hinauszugehen pflegt.[2]) Für Fahrlässigkeit, welche keine grobe ist, haftet sie also dann nicht, wenn sie bei Besorgung ihrer eignen Angelegenheiten nicht sorgsamer verfährt.

Besondere Bedeutung für die Ausübung der Schlüsselgewalt haben die Vorschriften der §§ 669—670 über die Vorschuss- und Erstattungspflicht des Mannes sowie der §§ 666 bis 668 über die Verpflichtung der Frau zur Auskunfterteilung und Rechenschaftsablegung, Herausgabe des etwaigen Überschusses und Ersatz und Verzinsung des für sich Verwendeten. Zur Ausübung der Geschäftsbesorgung ist die Frau nicht nur

[1]) Wieruszowski S. 43. — [2]) Das. S. 58.

berechtigt sondern auch verpflichtet, wie sich im allgemeinen aus § 662 und im besonderen aus § 1356 ergibt, mit welch letzterem § 1357 im innigsten Zusammenhang steht. Nach § 1356 ist die Frau zur Leitung des Hauswesens nicht nur berechtigt sondern auch verpflichtet; diese Aufgabe kann sie aber in vollem Umfange nur erfüllen, wenn sie auch innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn besorgt; daraus folgt mithin ihre Verpflichtung auch zur Tätigkeit im Umfange des § 1357.

Nach aussen hin verleiht das Gesetz der Frau die Vertretungsmacht und hierin liegt das Schwergewicht der Schlüsselgewalt.[1]) Während sonst jeder Ehegatte zur Vornahme von Rechtsgeschäften für den anderen Gatten einer Vollmacht desselben bedarf,[2]) ist die Frau aus der Schlüsselgewalt ohne Vollmacht kraft des Gesetzes berechtigt zur Vertretung des Mannes innerhalb des häuslichen Wirkungskreises d. h. die Frau verfügt innerhalb des häuslichen Wirkungskreises im Namen des Mannes über dessen Vermögen[3]) und besorgt die Geschäfte des Mannes mit unmittelbarer Wirkung für und gegen ihn gegenüber Dritten; der Mann wird aus solchen Geschäften Dritten gegenüber ausschliesslich berechtigt und verpflichtet. Soweit dabei die Frau im Bereich der Schlüsselgewalt über ihr eingebrachtes Gut verfügen will, ist sie in Anwendung des § 181 kraft der in der Übertragung der Vertretungsmacht durch § 1357 liegenden Gestattung berechtigt, sich die nach § 1395 erforderliche Einwilligung des Mannes selbst zu erteilen.[4]) Die Vorschriften der §§ 164—166 Abs. I und 181 finden entsprechende Anwendung. Insbesondere wird die Wirksamkeit der Vertretungsmacht dadurch nicht beeinträchtigt, dass die Frau in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§ 165), auch die minderjährige und die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigte Frau verpflichtet also den Mann in der Ausübung der Schlüsselgewalt. Soweit jedoch die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder

[1]) Mot. IV. S. 117. — [2]) Mot. IV. S. 120. — [3]) Mot. IV. S. 117. — [4]) Mot. IV, S. 118.

das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Mannes sondern die der Frau in Betracht (§ 166 Abs. I). Da die Frau auch berechtigt ist, Geschäfte im Rahmen der Schlüsselgewalt Dritten gegenüber im eignen Namen, wenn auch für Rechnung des Mannes zu führen in der Art, dass nicht der letztere sondern sie selbst aus dem betreffenden Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet wird, sie aber von dem Manne verlangen kann, dass er sie von der Verbindlichkeit befreie,[1]) stellt das Gesetz in Satz 2 § 1357 Abs. I für den Fall, dass der Wille in fremdem oder eignem Namen zu handeln nicht deutlich hervortritt, im Gegensatz zur allgemeinen Vorschrift des § 164 Abs. II als Auslegungsregel den Grundsatz auf, dass die Rechtsgeschäfte als im Namen des Mannes vorgenommen gelten, wenn nicht das Gegenteil bei Abschluss des Rechtsgeschäftes ausdrücklich ausgesprochen wurde oder aus den Umständen als von den Kontrahenten gewollt zu entnehmen ist.[2])

Der Umfang der Schlüsselgewalt erstreckt sich auf den häuslichen Wirkungskreis der Frau. Der Begriff des häuslichen Wirkungskreises bestimmt sich, wie die Motive, die von einer Anlehnung an den Grundsatz des § 1275 Abs. I (des Entw. = § 1359 Abs. I des Ges.) sprechen,[3]) ausführen, aus § 1356 Abs. I und besteht demnach in der Leitung des Hauswesens. Welche Geschäfte zur Leitung des Hauswesens gehören, wird sich bei der Verschiedenheit der einzelnen Hauswesen in ihrer individuellen Grundlage[4]) sehr verschieden gestalten und sich deshalb nur jeweils von Fall zu Fall aus der sozialen Stellung, Lebenshaltung und Vermögenslage der Ehegatten und der örtlichen Sitte bestimmen lassen. Jedenfalls gehören hieher die laufenden Geschäfte der Haushaltsführung wie Beschaffung der Lebensmittel, Besorgung der Wäsche, Annahme und Entlassung der Dienstboten; aber auch Geschäfte, die sich nicht auf den Haushalt beziehen aber gleichfalls zur Bestreitung ehelicher Lasten dienen,[5]) wie die durch die Beschaffung der notwendigen Kleider für sich und

[1]) Mot. IV. S. 118. — [2]) Mot. IV. S. 119. — [3]) Mot. IV. S. 118. — [4]) Wieruszowski S. 39. — [5]) Mot. IV. S. 118.

die Kinder, Ergänzung des Hausrates, Erziehung der Kinder, Krankenpflege in der Familie, Almosenreichung verursachten Geschäfte fallen hierunter. Im allgemeinen wird sich die räumliche Ausdehnung des Wirkungskreises um so weiter gestalten, je mehr der Mann durch seine Tätigkeit im Erwerbsleben in Anspruch genommen und dadurch von der Sorge um das Hauswesen abgehalten ist, innerlich aber wird er sich innerhalb der Grenzen der wirklichen Bedürfnisse des Hauswesens und der zu ihrer Befriedigung vom Manne zur Verfügung gestellten Mittel halten müssen; den Gradmesser für die Beurteilung der Notwendigkeit der einzelnen Aufwendungen sowie für die Höhe der im einzelnen verwendbaren Mittel wird die Lebensstellung und Vermögenslage der Ehegatten bilden. Gegenüber dem Dritten kommt es selbstverständlich nur darauf an, dass das Rechtsgeschäft innerhalb des häuslichen Wirkungskreises liegt, nicht darauf ob es im einzelnen Fall zur Befriedigung eines Bedürfnisses notwendig war.[1])

Aus der Bezugnahme auf den häuslichen Wirkungskreis in Verbindung mit der *ratio* des Gesetzes beantwortet sich auch die Frage, in wieweit das hier fragliche Recht der Frau auch dann zusteht, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist.[2]) Solange mit der häuslichen Gemeinschaft nicht auch der eheliche Hausstand aufgelöst ist und solange die Aufrechterhaltung des gemeinsamen Hauswesens noch auf irgend welchen gemeinsamen Beziehungen der Ehegatten zu einander beruht, wird man der Frau das Recht der Schlüsselgewalt zubilligen müssen. Im Übrigen sind bei der Beurteilung die Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen. Einer besonderen gesetzlichen Regelung bedurfte diese Frage um deswillen nicht, weil der Mann zu seiner Sicherung jederzeit von der Befugnis Gebrauch machen kann, die Schlüsselgewalt der Frau gemäss § 1357 Abs. II auszuschliessen.

Die Schlüsselgewalt ist eine von dem ehelichen Güterrechtsstand unabhängige,[3]) lediglich auf dem personenrechtlichen

[1]) Mot. IV. S. 118. — [2]) Das. — [3]) Mot. IV. S. 117.

Verhältnis der Ehegatten beruhende Folge der Lebensgemeinschaft und daher der anderweiten Vereinbarung der Ehegatten entzogen. Nachdem sich aber aus der Vertretungsmacht der Frau unter Umständen Nachteile für den Mann ergeben können, hat das Gesetz ihm und zwar als Folge des ihm aus § 1354 Abs. I und 1356 eingeräumten Entscheidungsrechtes[1]) in Abs. II des § 1357 die Möglichkeit gewährt, die Schlüsselgewalt der Frau entweder zu beschränken oder völlig auszuschliessen. Die Möglichkeit der Anwendung dieser Befugnis steht ihm jederzeit offen. Ein Verzicht auf dieses Recht würde gegen die guten Sitten verstossen und deshalb nicht bindend sein. Soweit der Mann in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bedarf er der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, nachdem es sich hier wesentlich um ein vermögensrechtliches Verhältnis handelt[2]) und die Entziehung der Schlüsselgewalt für den Mann die nachteilige Folge hat, dass die Frau durch die Entziehung auch von der Pflicht der Geschäftsbesorgung entbunden wird. Ebenso steht dem Manne die Art der Beschränkung frei; er kann bestimmte Zweige des Hauswesens hievon ausnehmen, die Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte wie beispielsweise Kreditkauf, oder deren Abschluss mit bestimmten Dritten untersagen.

Die Ausschliessung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt stellt sich dar als Widerruf im Sinne des § 671; der Widerruf ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und muss daher der Frau gegenüber erklärt werden. Soweit lediglich die Vertretungsmacht in Betracht kommt, genügt nach § 168 Satz 3 auch die Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Der Frau gegenüber wird Ausschliessung oder Beschränkung unmittelbar mit der Erklärung an sie wirksam. Leistet die Frau der Entscheidung nicht Folge, so kommen für ihre weitere Geschäftsführung innerhalb des häuslichen Wirkungskreises die Bestimmungen der §§ 677 ff. über die Geschäftsführung ohne Auftrag in Anwendung. Dritten gegenüber wird nach § 1357 Abs. II Satz 2 die Beschränkung oder Ausschliessung nur

[1]) Mot. IV. S. 119. — [2]) Das.

nach Massgabe des § 1435 wirksam, aus der Ausschliessung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt können seitens des Mannes Einwendungen gegen ein zwischen der Frau und dem Dritten vorgenommenes Rechtsgeschäft im Bereich des § 1357 nur hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes die Ausschliessung oder Beschränkung in dem Güterrechtsregister des nach § 1558 zuständigen Amtsgerichts eingetragen oder, auch wenn sie nicht eingetragen, doch dem Dritten bekannt war. Letzterenfalls genügt nicht der Einwand, dass der Dritte aus einer öffentlichen Ausschreibung in den Zeitungen Kenntnis erhalten konnte und seine Unkenntnis daher auf grober Fahrlässigkeit beruhe sondern der Mann muss nachweisen, dass der Dritte von diesem Ausschreiben auch wirklich Kenntnis genommen hat. Die Eintragung in das Güterrechtsregister erfolgt nach § 1561 Abs. I auf Antrag des Mannes.

Gegenüber einer missbräuchlichen Verhängung der Ausschliessung oder Beschränkung kann die Frau sich durch Anrufung des Vormundschaftsgerichtes schützen, welches auf ihren Antrag hin die Verfügung des Mannes wieder aufheben kann. Ob Missbrauch seitens des Mannes vorliegt, hat das Vormundschaftsgericht unter Würdigung aller einschlägigen Verhältnisse nach freiem Ermessen zu entscheiden. Nach Entwurf I sollte nicht das Vormundschaftsgericht sondern das Prozessgericht und zwar durch Erhebung der Herstellungsklage mit der Entscheidung der Frage befasst werden,[1]) allein mit Rücksicht auf die Einfachheit des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit wurde die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes normiert. Dabei wurde jedoch ausdrücklich anerkannt, dass in Fällen schwererer Störung, in denen durch das Verhalten des Mannes die eheliche Gemeinschaft vollständig aufgehoben oder unmöglich gemacht sei, auch die Anstellung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zulässig sei und dass der Frau gegenüber einer solchen Klage auch die Einrede des Missbrauches des dem Manne aus § 1357 Abs. II zustehenden Rechtes zu Gebote stehe.[2])

[1]) Mot. IV. S. 119. — [2]) Prot. IV. S. 108.

e) Die Unterhaltspflicht.

Die Unterhaltspflicht der Ehegatten, wie sie in den §§ 1360 und 1361 gesetzlich geregelt ist, gehört gleich der Unterhaltspflicht der Verwandten, mit der sie im innigsten Zusammenhang steht, zu den familienrechtlichen Verbindlichkeiten; sie enthält wie diese die sittliche Pflicht der Fürsorge für den erforderlichen Lebensunterhalt von Familienangehörigen; sie ist deshalb wie diese zwingenden Rechts und fordert wie diese ihre Verwirklichung in einer dem Sittengesetz entsprechenden Weise. Allein während die Unterhaltspflicht der Verwandten aus dem allgemeinen Familienbande erwächst, entspringt die Unterhaltspflicht der Ehegatten aus den personenrechtlichen Beziehungen, welche durch die Ehe zwischen den Ehegatten entstanden sind, und bildet einen Bestandteil der durch die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft auferlegten Verbindlichkeiten.

Mit Rücksicht auf Voraussetzungen und Zweck unterscheidet sich die eheliche Unterhaltspflicht von jener der Verwandten in folgenden Beziehungen:

1. sie trägt nicht den Charakter einer Unterstützungspflicht sondern einer Fürsorgepflicht, sie tritt nicht erst dann ein, wenn der Berechtigte ausser Stande ist, sich selbst zu unterhalten, sondern greift seitens des Mannes ohne jede Rücksicht auf etwaige Bedürftigkeit der Frau allgemein Platz;

2. während bei der Unterstützungspflicht der Verwandten die regelmässige Form der Unterstützungsgewährung die Entrichtung einer Geldrente ist, ist der eheliche Unterhalt regelmässig in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren;

3. das Mass der Fürsorgeleistung bestimmt sich nicht nach der Lebensstellung des Bedürftigen sondern ausschliesslich nach der des Ehemannes;

4. die Grenze für den Pflichtenbereich ist hier nicht die Gefährdung des eigenen standesgemässen Unterhalts sondern die Leistungsfähigkeit überhaupt.

Bestimmend für die Frage, wie die Unterhaltspflicht unter die beiden Ehegatten zu verteilen sei, war der Grundsatz,

dass der Ehemann die ehelichen Lasten zu tragen hat und daher auch gegenüber der Frau verpflichtet ist, ihr den entsprechenden Unterhalt zu gewähren.[1]) Diese Folgerung hat das Gesetz in den §§ 1360 und 1361 gezogen und die Unterhaltspflicht im Rahmen dieser gesetzlichen Bestimmungen allgemein und ohne Rücksicht auf die Bedürfnisfrage dem Manne auferlegt. Diese Belastung des Mannes erscheint nicht als Folge seiner hausherrlichen Stellung sondern als Ausgleich für die bevorzugte Stellung, welche dem Manne auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts eingeräumt ist.[2]) Falls jedoch der Mann nicht im Stande ist, sich selbst zu unterhalten, tritt subsidiär die Unterhaltspflicht der Frau ein; diese hat im Gegensatz zur Fürsorgepflicht des Mannes den Charakter der reinen Unterstützungspflicht.

Die Erfüllung der Unterhaltspflicht ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

a) bei Gewährung des Unterhalts nach § 1360 kommt in Betracht

1. die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten d. h. die Tatsache des Vermögensbesitzes und der Erwerbsfähigkeit, um aus ihnen Unterhalt zu gewähren,
2. die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten, da andernfalls der Unterhalt nach § 1361 zu gewähren wäre,
3. soweit es sich um die Unterhaltspflicht der Frau handelt, ausserdem noch die Bedürftigkeit des Mannes d. h. der Mangel eignen Vermögens und die Unmöglichkeit, sich durch Erwerbstätigkeit Unterhalt zu verschaffen;

b) bei Gewährung des Unterhalts nach § 1361 wird vorausgesetzt:

1. ein tatsächliches Getrenntleben der Ehegatten, nicht aber die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch richterliches Urteil gemäss § 1575,
2. die Verweigerung der Herstellung des ehelichen Lebens durch einen Gatten, wobei es für die Unterhaltspflicht gleichgültig ist, ob die Weigerung vom Unterhaltsberechtigten oder vom Unterhaltsverpflichteten ausgeht,

---

[1]) Mot. IV. S. 123. — [2]) Planck IV., Vorbem., S. 80.

3) die Berechtigung zur Weigerung, die sich ableiten kann a) beim Unterhaltsberechtigten entweder aus den gesetzlichen Gründen, nämlich Rechtsmissbrauch seitens des anderen Teils, Berechtigung zur Scheidungsklage und Getrenntleben infolge richterlicher Anordnung (die Ordnung der gegenseitigen Unterhaltspflichten kann in diesem Falle gleichzeitig durch das Gericht erfolgen), oder aus physischen Gründen, welche der Herstellung entgegenstehen wie beispielsweise äusserer Zwang, b) beim Unterhaltspflichtigen auch aus der Weigerung des Gegners, die häusliche Gemeinschaft herzustellen, und deren Grund für die Unterhaltsberechtigung aus § 1361 selbst gleichgültig, für die Bemessung des Unterhalts dagegen von Bedeutung ist,

4. soweit die Unterhaltspflicht der Frau in Betracht kommt, die Bedürftigkeit des Mannes.

Die Art der Unterhaltsleistung ist eine verschiedene, je nachdem es sich um Unterhaltsberechtigung nach § 1360 oder § 1361 handelt.

Nach § 1360 Abs. II ist der Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren. Da die Lebensgemeinschaft auf der Voraussetzung der häuslichen Gemeinschaft beruht, geht die Bedeutung der Vorschrift dahin, dass der Unterhalt nur innerhalb der häuslichen Gemeinschaft und in der dieser Gemeinschaft zukommenden Form (unzutreffend auch Naturalleistung im Gegensatz zur Geldrentenleistung genannt) zu verabfolgen ist. Daher braucht der Unterhaltspflichtige den Unterhalt nach § 1360 Abs. III nur dann zu gewähren, wenn ihn der Berechtigte durch häusliches Zusammenleben hiezu in die Lage versetzt,[1]) und wird andernfalls von seiner Verbindlichkeit überhaupt befreit, wenn nicht die oben aufgeführten Voraussetzungen für die Gewährung des Unterhaltes in der nach § 1361 vorgesehenen Form gegeben sind. Ein Vertrag, in welchem die Ehegatten ein Getrenntleben unter Festsetzung einer Unterhaltsrente vereinbaren, wäre daher nichtig, nachdem der Unterhalt, soweit nicht die Voraussetzungen für seine Gewährung nach § 1361 gegeben

[1]) Hussarek, Die Familienrechtl. Alimentation bei Grünhut 20, S. 550.

sind, in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren ist und diese Vorschrift zwingenden Rechts ist.

Die Unterhaltsgewährung nach § 1361 ist vorgeschrieben in Gestalt der Entrichtung einer Geldrente d. h. durch Leistung bestimmter, in regelmässig wiederkehrenden Fälligkeitsterminen zu entrichtender Geldbeträge. Diese Rente ist nach § 760, der durch § 1361 für anwendbar erklärt wurde, für drei Monate vorauszuzahlen. Die Fälligkeitstermine bestimmen sich nach dem ersten Leistungstermin. Dieser wird in der Praxis wohl meistenteils sei es durch einseitige Festsetzung des Verpflichteten oder durch Vereinbarung der Gatten kalendermässig festgesetzt werden und sich in der Regel mit dem Tag decken, an dem die Voraussetzungen für die Unterhaltsgewährung nach § 1361 zuerst gegeben sind. Soweit diese Voraussetzungen am Tage der Vereinbarung schon vorliegen, darf der erste Leistungstermin über diesen Tag nicht hinausgeschoben werden, da dem Unterhaltsberechtigten ein Verzicht auf einen Teil seines Unterhalts mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 1614 Abs. I nicht zugemutet werden kann. Erfolgt eine Vereinbarung der Ehegatten oder Festsetzung durch den Verpflichteten nicht, so beginnt die Berechnung der Rente gemäss § 1613 von der Zeit an, zu welcher der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist; in Verzug aber kommt der Schuldner gemäss § 284 bei Nichtleistung auf Mahnung des Gläubigers nach Eintritt der Fälligkeit, welche mit der Mahnung erfolgt, durch die Mahnung selbst und beginnt daher mit diesem Tage oder mit dem Tage der Klagezustellung oder der Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren (§§ 284 B. G. B. und 253 und 263 Z. P. O.) die Verpflichtung zur Rentenleistung. Neben der Entrichtung der Geldrente hat der Mann nach § 1361 der Frau auch die zur Führung eines abgesonderten Haushaltes erforderlichen Sachen aus dem gemeinsamen Haushalt herauszugeben. Dadurch ist zugleich das Recht der Frau auf Führung eines abgesonderten Haushaltes im Falle des Getrenntlebens grundsätzlich anerkannt. Die Verpflichtung des Mannes, für die notwendige Einrichtung dieses Haushaltes Sorge zu tragen folgt aus seiner

Unterhaltspflicht und zwar hat der Mann diese Einrichtung der Frau im allgemeinen durch entsprechend höhere Bemessung einzelner Raten oder der gesamten Geldrente zu leisten. Die Frau ist jedoch berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Herausgabe der zur Führung des abgesonderten Haushaltes erforderlichen Sachen *in natura* aus dem gemeinsamen Haushalte zu fordern und der Mann ist verpflichtet, diesem Begehren der Frau stattzugeben, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: 1. die Sachen müssen zur Führung des abgesonderten Haushaltes der Frau erforderlich sein; welche Sachen im einzelnen hierunter fallen, bemisst sich nach den Standes-, Vermögens- und Erwerbsverhältnissen der Ehegatten; 2. die Herausgabe kann vom Manne nur verlangt werden, soweit solche Sachen im gemeinschaftlichen Haushalt vorhanden und im Besitz des Mannes sind; 3. die Herausgabe erfolgt zum Gebrauch, nicht zu Eigentum und nicht ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch im Sinne des § 1362 Abs. II, es entsteht also zwischen Mann und Frau ein der Leihe ähnliches Rechtsverhältnis, auf das die §§ 598—606 Anwendung zu finden haben. Von der Herausgabepflicht — nicht aber von der Gewährung einer Geldrente hiefür — ist der Mann befreit, 1. wenn die Sachen für seinen eignen Haushalt unentbehrlich sind, 2. wenn sich solche Sachen bereits in dem der Verfügung der Frau unterliegenden Vermögen befinden. Auch letzterenfalls erscheint der Mann zur Leistung einer entsprechenden Geldrente verpflichtet, da seine Unterhaltspflicht nicht von der Bedürftigkeit der Frau abhängt.

Den Masstab für den Umfang der Unterhaltspflicht gibt 1. die Lebensstellung des Mannes, 2. Vermögen und Erwerbsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen, 3. bei der subsidiären Unterhaltspflicht der Frau der Grad der Bedürftigkeit des Mannes.

Was den Masstab der Lebensstellung des Mannes anlangt, so ist vor allem zu beachten, dass er stets zur Anwendung kommt ohne Rücksicht darauf, ob der Mann unterhaltsberechtigt oder unterhaltspflichtig ist. Aus der Lebensgemeinschaft folgt, dass die Frau den Stand des Mannes teilt, und deshalb wurde mit Recht in beiden Fällen die Lebensstellung des Mannes dem Begriff der Standesgemässheit zu Grunde gelegt.

Eine Beschränkung erleidet der Masstab der Standesmässigkeit durch die Vorschrift des § 1611 Abs. II. Falls sich nämlich der Unterhaltsberechtigte einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die den Unterhaltspflichtigen berechtigt, ihm den Pflichtteil zu entziehen, d. i. nach § 2335 einer solchen Verfehlung, auf Grund deren der Unterhaltspflichtige nach den §§ 1565 bis 1568 zur Scheidungsklage berechtigt wäre, wird der Unterhaltspflichtige nach § 1611 Abs. II berechtigt, an Stelle des standesgemässen Unterhaltes nur den notdürftigen Unterhalt zu gewähren. Der notdürftige Unterhalt besteht in der Gewährung alles dessen, was zur Erhaltung der Existenz unbedingt notwendig ist. Diese Beschränkung des Masses der Unterhaltspflicht bezieht sich sowohl auf die Gewährung des Unterhaltes nach § 1360 wie nach § 1361; sie erlischt gemäss § 2337 durch Verzeihung, nicht aber durch Wegfall des Rechtes auf Scheidungsklage wegen Fristablaufs. Die Verzeihung selbst bedarf keiner förmlichen Erklärung sondern kann sich auch durch schlüssige Handlungen vollziehen, aus denen die erfolgte Wiederherstellung des früheren, durch das Verhalten des Schuldigen gestörten Verhältnisses zwischen den Ehegatten hervorgeht.

Als zweiter Masstab kommt in Betracht Vermögen und Erwerbsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen m. a. W. seine Leistungsfähigkeit. Der Masstab der Leistungsfähigkeit ist allen familienrechtlichen Unterhaltspflichten gemeinsam. Während aber bei der Unterhaltspflicht der Verwandten die Leistungsfähigkeit eine beschränkte ist, die ihre Grenze gemäss § 1603 Abs. I in der Forderung des eignen standesgemässen Unterhalts findet, ergibt sich bei der Unterhaltspflicht der Ehegatten aus dem sittlichen Wesen der Ehe und aus der Verpflichtung zur ehelichen Gemeinschaft als Masstab die absolute Leistungsfähigkeit. Die Ehegatten müssen — selbstverständlich nicht über den Rahmen der Standesgemässheit hinaus — alle verfügbaren Mittel zu ihrem beiderseitigen Unterhalt gleichmässig verwenden;[1]) kein unterhaltspflichtiger Ehegatte ist berechtigt, falls bei Erfüllung der Unterhaltspflicht sein eigner standes-

[1]) Vgl. auch § 1603 Abs. II.

gemässer Unterhalt verkürzt wird, die Mittel für die Befriedigung des eignen standesgemässen Unterhaltes vorweg zu nehmen, sondern der standesgemässe Unterhalt wird dann eben bei beiden Ehegatten gleichmässig verkürzt. Dieser Fall wird praktisch dann gegeben sein, wenn die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten wohl eine standesgemässe Unterhaltsgewährung in der Form des § 1360 ermöglicht, wo nur die Kosten für einen gemeinsamen Haushalt zu bestreiten sind, nicht aber für die Kosten zweier abgesonderter standesgemässer Haushalte nach § 1361 ausreicht.

Was das Verhältnis zwischen Standesgemässheit und Leistungsfähigkeit anlangt, so bietet die Leistungsfähigkeit, die ja die Grundlage und Voraussetzung für die Erfüllungsmöglichkeit überhaupt ist, bei der Bemessung der Unterhaltspflicht die Grenze nach unten, während die Standesgemässheit die Schranken nach oben zieht; m. a. W. der Unterhaltspflichtige muss in den Dienst der Unterhaltspflicht stellen, was er besitzt und erwirbt, nötigenfalls muss er sogar den Grundstock seines Vermögens angreifen, aber er ist nicht verpflichtet, mehr aufzuwenden, als dem gemeinsamen Stande der Ehegatten entspricht, selbst wenn ihm seine Mittel eine Erhöhung des Aufwandes über die Grenze des Standesgemässen erlauben würden. Welche Lebensführung der Lebensstellung des Mannes entspricht, darüber entscheidet der Mann kraft seines Bestimmungsrechtes, nachdem es eine das gemeinsame eheliche Leben betreffende Angelegenheit ist, unter billiger Berücksichtigung aller individuellen Verhältnisse; gegen etwaigen Missbrauch seinerseits ist die Frau durch § 1354 Abs. II geschützt.

Einen weiteren Faktor für die Bemessung des Umfanges bildet bei der Unterhaltspflicht der Frau der Grad der Bedürftigkeit des Mannes. Ist also der Mann nach Massgabe seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit in der Lage, seinen eignen standesgemässen Unterhalt noch teilweise aufzubringen, so ist die Frau nur zur Deckung des Fehlenden verpflichtet.

Die drei hier erörterten Masstäbe sind, weil der Feststellung des Umfanges nicht einer einheitlichen, mit ihren Voraussetzungen gleichmässig fortdauernden Leistungsverbind-

lichkeit sondern einer sich fort und fort erneuernden sittlichen Pflicht[1]) dienend, keine feststehenden, sondern der Veränderung unterworfen; Veränderungen in der Lebensstellung des Mannes, im Vermögen und in der Erwerbsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen oder in der Bedürftigkeit des Mannes erweitern oder beschränken den Umfang der Unterhaltsleistungen. Ohne Einfluss auf die Veränderlichkeit des Masstabes der Leistungsfähigkeit ist im Gegensatz zur Unterhaltspflicht der Verwandten nach § 1603 Abs. I das Bestehen sonstiger Vepflichtungen des Unterhaltspflichtigen; er kann nicht verlangen, dass diese bei Bemessung seiner Unterhaltspflicht in Berücksichtigung gezogen werden, sondern muss seine Mittel ebenso zur Erfüllung der Unterhaltspflicht wie zur Leistung seiner anderweitigen Verpflichtungen bereit halten. Bestehen die sonstigen Verpflichtungen des unterhaltspflichtigen Ehegatten in gesetzlichen Unterhaltsverbindlichkeiten gegenüber dritten Personen, und ist der Unterhaltspflichtige nach seiner Leistungsfähigkeit ausser Stande seine Verpflichtungen gegenüber sämtlichen Berechtigten zu erfüllen, so gelten für die Konkurrenz der Unterhaltspflichten aus §§ 1360/1 mit den Verpflichtungen aus anderen Unterhaltsnormen folgende Bestimmungen:

1. wenn Unterhaltspflichten der Ehegatten aus §§ 1360/1 mit solchen der Verwandten aus § 1601 ff. konkurrieren, so gibt § 1609 Abs. II den Masstab ab: der Ehegatte steht den minderjährigen unverheirateten Kindern gleich, er geht anderen Kindern und den übrigen Verwandten vor;

2. wenn ein Ehegatte, welcher geschieden und allein für schuldig erklärt worden ist und deshalb dem geschiedenen Ehegatten gegenüber nach Massgabe des § 1578 unterhaltspflichtig geworden ist, eine neue Ehe eingeht und dadurch gegenüber dem neuen Ehegatten Unterhaltspflichten nach §§ 1360/1 begründet, so konkurrieren die Unterhaltsverbindlichkeiten gegenüber dem geschiedenen mit denen gegenüber dem neuen Ehegatten. In diesem Falle entscheidet die Vorschrift in § 1579 Abs. II: seine Verpflichtung beschränkt sich dem geschiedenen Ehegatten gegenüber auf dasjenige, was mit Rücksicht auf

[1]) Mot. IV. S. 677.

die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Beteiligten der Billigkeit entspricht. Über die Auslegung dieser Gesetzesstelle besteht in der Wissenschaft Streit. Neumann[1]) ist der Ansicht, dass beim Zusammentreffen mit den Unterhaltsansprüchen eines neuen Ehegatten Beschränkung aller Ansprüche nach Billigkeit eintritt. Dieser Ansicht folgt auch Wieruszowski,[2]) der die beiden Unterhaltsverbindlichkeiten gegenseitig beschränkt wissen will. Planck[3]) gibt dem Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten den Vorzug, wenn er sagt: bezüglich dessen was nach Abzug des nach § 1579 Abs. I Satz 2 an den geschiedenen Ehegatten zu gewährenden Unterhalts zur Deckung des Unterhalts des pflichtigen Ehegatten, seines neuen Ehegatten und der Kinder übrig bleibt, verbleibt es diesen Personen gegenüber bei den gewöhnlichen Regeln. Staudinger[4]) spricht sich über die Frage nicht aus, er weist nur auf das Schwanken bezüglich dieser Gesetzesstelle in den Entwürfen hin, er scheint aber die Beschränkung auf den geschiedenen Ehegatten angewendet wissen zu wollen. Für die Beurteilung der Frage sind folgende Gesichtspunkte massgebend. Nach § 1609 Abs. II steht der ungeschiedene Ehegatte den minderjährigen unverheirateten Kindern gleich und geht anderen Kindern und den übrigen Verwandten vor; der geschiedene Ehegatte geht nur, wie auch der ungeschiedene Ehegatte, den volljährigen oder verheirateten Kindern und den übrigen Verwandten vor; daraus folgt, dass der geschiedene Ehegatte in der Reihenfolge der einzelnen Unterhaltsberechtigten dem ungeschiedenen Ehegatten und den minderjährigen unverheirateten Kindern nachsteht, also die Zwischenstellung zwischen diesen und den volljährigen und verheirateten Kindern einnimmt. Diesen Satz hat das Gesetz zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, allein er geht aus dem ganzen Zusammenhang des § 1609 Abs. II unzweifelhaft hervor und erübrigt sich deshalb seine besondere Aufnahme in den Wortlaut des Gesetzes. Daraus würde nun an sich folgen, dass der geschiedene Ehegatte, falls der Unterhaltspflichtige ausser Stande

---

[1]) Handausgabe, zu § 1579 Note 1 ca. — [2]) Handb. S. 91. — [3]) Note 2 zu § 1579. — [4]) Note 2 zu § 1579.

ist, allen den Unterhalt zu gewähren, zu Gunsten des neuen Ehegatten und der minderjährigen unverheirateten Kinder mit seinem Anspruch zurücktreten muss. Nachdem jedoch der Unterhaltsanspruch aus § 1578 nur subsidiär nämlich insoweit als Bedürftigkeit des Berechtigten vorliegt, gewährt wird und seine gesetzliche Anerkennung den Rücksichten der Billigkeit gegen den unschuldigen Ehegatten verdankt, welcher sonst in die mit dem Sittengesetz in Widerspruch stehende Zwangslage versetzt würde, entweder die ihm unerträglich gewordene Ehe fortsetzen oder fortan die Mittel zu seinem Unterhalt entbehren zu müssen,[1]) musste das Gesetz die weitere Konsequenz ziehen und auch im Falle der Konkurrenz der Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten mit solchen des neuen Ehegatten oder minderjähriger unverheirateter Kinder zu Gunsten des bedürftigen geschiedenen Ehegatten eine Ausnahme machen und ihm neben diesen einen beschränkten Unterhaltsanspruch gewähren. Eine allgemeine gesetzliche Abgrenzung der konkurrierenden Ansprüche gegen einander erwies sich aber mit Rücksicht auf die Verschiedenheit in den Umständen der einzelnen Fälle als untunlich und das Gesetz hat daher in § 1579 Abs. I Satz 2 den Ausweg gewählt, dass es die Festsetzung des Umfanges der Unterhaltspflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten dem Ermessen des Richters anheim gestellt hat, welcher unter Berücksichtigung aller einschlägigen Verhältnisse nach Billigkeit entscheidet. Der geschiedene Ehegatte muss sich in diesem Falle eine weitere Einschränkung über das Mass des § 1579 Abs. I hinaus und eventuell den völligen Wegfall seiner Unterhaltsberechtigung gefallen lassen, der neue Ehegatte aber muss, falls dem geschiedenen Ehegatten aus Billigkeitsgründen etwas zugesprochen werden soll, was der Unterhaltspflichtige bei Erfüllung seiner ihm gegenüber dem neuen Ehegatten obliegenden Verpflichtungen zu leisten ausser Stande ist, naturnotwendig gleichfalls eine Einschränkung seines Unterhaltsanspruches erleiden. Der geschiedene Ehegatte erfährt also im Falle des Satz 2 stets eine Einschränkung seines Unterhaltsanspruches, der Ehegatte nur

[1]) Mot. IV. S. 617.

insoweit, als das billige Ermessen des Richters dem geschiedenen Ehegatten überhaupt noch einen Unterhaltsanspruch zuerkennt.

Das Mass der Unterhaltspflicht des Mannes überhaupt erleidet eine Beschränkung durch § 1361 Abs. II, der den Mann von der Unterhaltspflicht entweder gänzlich befreit oder die geschuldete Leistung auf Zahlung eines Beitrages beschränkt, wenn der Wegfall oder die Beschränkung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten der Billigkeit entspricht. Massgebend für diese Beschränkung der Unterhaltspflicht des Mannes war nach den Motiven [1]) die Erwägung, dass während der Trennungszeit der Ehemann der Unterstützung der Ehefrau im Haushalt und in seinem Geschäfte entbehren muss, dass die Gewährung des Unterhaltes an die Frau ausserhalb der ehelichen Gemeinschaft regelmässig mit grösseren Kosten verbunden ist, dass ferner das der ehemännischen Verwaltung und Nutzniessung unterliegende Vermögen der Frau nur unbedeutend, das Vorbehaltsgut der letzteren aber und der Erwerb aus ihrer Arbeit sehr erheblich sein kann.

Diese Befreiung oder Beschränkung wird der Billigkeit wohl stets dann entsprechen, wenn entweder die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Frau im Vergleich mit denen des nach § 1361 Abs. I unterhaltspflichtigen Mannes als überwiegend günstiger erscheinen, oder die Leistungsfähigkeit des Mannes ihm nur den eignen standesgemässen Unterhalt ermöglicht und die Frau sich den ihrigen aus eignem Vermögen und Erwerb zu verschaffen vermag, oder endlich, wenn die Leistungsfähigkeit des Mannes nur für seinen eignen notdürftigen Unterhalt ausreicht, letzteres auch dann, wenn die Frau sich den eignen notdürftigen Unterhalt nicht verschaffen kann und der öffentlichen Armenpflege zur Last fällt.[2]) Die Entscheidung über die Befreiung oder Beschränkung ist dem freien richterlichen Ermessen anheim gegeben.

Den Inhalt oder Gegenstand der Unterhaltspflicht bildet die Gewährung des gesamten Lebensbedarfs [3]) an den

---

[1]) Mot. IV. S. 634. — [2]) Wieruszowski S. 92 Note 78. — [3]) Vgl. § 1610 Abs. II.

Unterhaltsberechtigten d. i. die Sorge dafür, dass es ihm an nichts gebricht, was zu seines Leibes und bezw. Geistes Nahrung und Notdurft gehört;[1]) sie bezweckt also nicht eine im voraus bestimmte einfache Leistung sondern die Befriedigung einer Menge verschiedenartiger und wechselnder Bedürfnisse.[1]) Hieher gehören vor allem die Sorge für Nahrung, Kleidung, Wohnung nebst deren Einrichtung, Beheizung und Beleuchtung und die sonstigen Haushaltungsbedürfnisse, die Kosten für Arzt und Heilmittel sowie etwa erforderlich werdende Badereisen. Im Falle der Unterhaltsgewährung in Form einer Geldrente gemäss § 1361 ist die Höhe der Geldrente so zu bemessen, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte aus derselben seinen gesamten Lebensbedarf zu decken vermag. Ergeben sich jedoch unvorhergesehene Bedürfnisse, deren Deckung aus den laufenden Rentenbeträgen nicht möglich ist, so sind einzelne Rentenquoten entsprechend zu erhöhen. Zur Unterhaltsgewährung gehören auch nach §§ 1360 III, 1615 II die Kosten der Beerdigung des Berechtigten, sie gehören zwar nicht zur Erhaltung des Lebens, sondern bilden „die letzte Liebespflicht", die gleich dem Anspruch auf Lebensunterhalt auf dem Sittengesetz beruht und deren Erfüllung durch die Rechtsordnung gesichert wird;[2]) sie fallen dem Unterhaltspflichtigen jedoch nur zu, soweit ihre Bezahlung nicht von dem Erben zu erlangen ist; der Erbe haftet also hier in erster Linie, der Unterhaltspflichtige erst an zweiter Stelle. Auch die Kosten des Unterhalts für den in Strafhaft befindlichen Ehegatten gehören hieher; der Unterhaltsberechtigte kann verlangen, dass der Unterhaltspflichtige ihm für diese Kosten aufkommt.

Von der Unterhaltspflicht werden nicht umfasst: 1. die Tragung der Prozess- und Verteidigungskosten für den anderen Gatten, nachdem diese nicht zum standesgemässen oder notdürftigen Unterhalt des Berechtigten gehören; inwieweit der Mann etwa unter dem Einfluss des die Ehe beherrschenden Güterrechtes die Kosten gewisser Rechtsstreitigkeiten der Frau oder ihrer Verteidigung zu tragen verpflichtet ist, hängt mit

---

[1]) Schanze, zur Lehre vom Alimentenanspruch II A. — [2]) Hussarek bei Grünhut 20 S. 660.

seiner Unterhaltspflicht nicht im geringsten zusammen; 2. die Deckung der Unterhaltsverbindlichkeiten, die dem unterhaltsberechtigten Gatten gegenüber dessen eignen unterhaltsberechtigten Verwandten insbesondere Eltern, erstehelichen und unehelichen Kindern oder dem früheren Ehegatten obliegen, nachdem die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten nicht zur unmittelbaren Fristung des eignen persönlichen Daseins des unterhaltsberechtigten Gatten notwendig sondern zur Deckung des Lebensbedarfs eines Dritten bestimmt ist;[1]) 3. die Verpflichtung, für die Schulden des unterhaltsberechtigten Gatten aufzukommen, soweit es sich nicht um Schulden handelt, welche der Unterhaltsberechtigte infolge Saumsal des Unterhaltspflichtigen zur Beschaffung seines Lebensbedarfs einzugehen gezwungen war und welche er unter den Voraussetzungen des § 284 innerhalb des durch § 1613 gezogenen Rahmens als Anspruch für die Vergangenheit erheben kann.

Erfüllt der Unterhaltspflichtige seine Verbindlichkeiten nicht oder nicht rechtzeitig, so entstehen Folgen, welche sich teils in den personenrechtlichen, teils in den vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten äussern. In ersterer Richtung kann die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht sich unter Umständen als eine so schwere, das eheliche Verhältnis so tief zerrüttende Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten darstellen, dass sie den anderen Ehegatten zur Erhebung der Scheidungsklage aus § 1568 berechtigt; die unbegründete Weigerung aber, den Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren, berechtigt den anderen Gatten, die häusliche Gemeinschaft aufzuheben und Gewährung des Unterhalts nach Massgabe des § 1361 zu beanspruchen. Auf vermögensrechtlichem Gebiete gibt die Verletzung der Unterhaltspflicht der Frau das Recht, falls auch für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist, auf Aufhebung der ehemännischen Verwaltung und Nutzniessung und der Gütergemeinschaft sowie der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft zu klagen.

[1]) Opet, Verwandtschaftsrecht des B. G. B. S. 87, Wieruszowski S. 97.

Ausserdem ist der Unterhaltspflichtige zur Nachleistung und bezw. Entschädigung nach Massgabe folgender Bestimmungen verpflichtet: Wie schon oben ausgeführt, kann gemäss § 1613 Nachleistung oder Schadensersatz wegen Nichtleistung für die Vergangenheit nur von der Zeit ab gefordert werden, zu welcher der Verpflichtete durch Mahnung, Erhebung der Leistungsklage oder Zustellung eines Zahlungsbefehls, soweit es sich aber um bereits kalendermässig bestimmte Termine für Leistung nach § 1361 handelt, mit Ablauf des Termins auch ohne Mahnung in Verzug gekommen ist. Diese Vorschrift gilt auch für den Fall, dass veränderte Umstände einen Anspruch auf Erhöhung der bisher gewährten Unterhaltsleistung rechtfertigen, die Erhöhung kann also nur von dem Zeitpunkt der Mahnung oder Rechtshängigmachung, nicht aber von dem Eintritt der veränderten Umstände ab gefordert werden. Eine weitergehende Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung für die Vergangenheit ist mit Rücksicht auf ihre Zweckbestimmung als Unterhaltsgewährung d. h. Fürsorge für die Erhaltung der Existenz des Unterhaltsberechtigten ausgeschlossen, denn diese kann sich immer nur auf die Gegenwart und Zukunft, nicht aber auf die Vergangenheit erstrecken, *in präteritum non vivitur.*

Aber auch im Rahmen des § 1613 ist eine Nachleistung bei der Unterhaltsgewährung aus § 1360 Abs. III unmöglich und kann deshalb nur Wertersatz für die unterbliebene Leistung begehrt werden, soweit Fahrlässigkeit des Verpflichteten gemäss § 1359 eine Schadensersatzpflicht begründet. Ist dagegen der Unterhalt nach § 1361 zu gewähren, so ist der Unterhaltsberechtigte befugt, Nachleistung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen. Handelt es sich endlich um Nichterfüllung der Unterhaltsverbindlichkeit aus § 1361 Abs. I Satz 2, so ist zu unterscheiden, ob die Erfüllung der Leistung noch möglich ist oder nicht. Letzterenfalls kann die Frau Schadensersatz wegen Nichterfüllung, ersterenfalls entweder Nachleistung und Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung oder, nachdem sie nicht verpflichtet ist, die Herausgabe der Sachen zu begehren, sondern an deren Stelle vom Manne die Gewährung der Mittel zu deren Beschaffung in

Gestalt einer Geldrente verlangen kann, Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.

Im Anschluss hieran ist die Frage zu erörtern, ob der Unterhaltsberechtigte vom Unterhaltspflichtigen Nachleistung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Rahmen des § 1613 auch dann fordern kann, wenn ihm inzwischen der Unterhalt von einem Dritten gewährt worden ist, dem die Verpflichtung hiezu gleichfalls kraft des Gesetzes obgelegen hat, wenn also Unterhaltsansprüche aus § 1360/1 mit anderen gesetzlichen Unterhaltsberechtigungen besonders solchen aus § 1601 ff. konkurrieren. In diesen Fällen gilt folgendes. Nach § 1608 Abs. I Satz 1 haftet der Gatte des Bedürftigen vor dessen Verwandten mit folgenden Einschränkungen: 1. soweit der Ehegatte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ausser Stande ist, ohne Gefährdung seines eignen standesgemässen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren, haften nach § 1608 Abs. I Satz 2 die Verwandten vor dem Ehegatten; der Umfang der Unterhaltspflicht des Ehegatten wird dadurch nicht berührt, jedoch dem unterhaltsberechtigten Ehegatten die Möglichkeit gewährt, dem verpflichteten Ehegatten die Mittel für den eignen standesgemässen Unterhalt zu belassen und für den eignen Unterhalt den unterhaltspflichtigen Verwandten in Anspruch zu nehmen; 2. ist der unterhaltspflichtige Ehegatte zwar imstande, den Unterhalt ohne Gefährdung seines eignen standesgemässen Unterhalts zu gewähren, ist aber die Rechtsverfolgung gegen ihn im Inland ausgeschlossen (weil er im Inland keinen Gerichtsstand hat) oder erheblich erschwert (weil das gegen ihn ergehende Urteil im Ausland vollstreckt werden müsste), so hat der nach ihm haftende Verwandte gemäss § 1607 Abs. II den Unterhalt zu gewähren.

Während nun im Falle des § 1607 Abs. II der Unterhaltsanspruch des unterhaltsberechtigten Ehegatten im Umfang des von dem Verwandten geleisteten Unterhaltes auf letzteren kraft des § 1607 Abs. II Satz 2 übergeht und der unterhaltsberechtigte Ehegatte deshalb, wenn er den Unterhalt vom Verwandten erhalten hat, Nachleistung und Ersatz von dem verpflichteten Ehegatten nicht mehr fordern kann, ist im Falle des § 1608 zu unterscheiden, ob der Mann oder die Frau

unterhaltsberechtigt ist. Die Unterhaltsberechtigung des Mannes ist an die Voraussetzung seiner Bedürftigkeit geknüpft und deshalb die Verbindlichkeit der Ehefrau wie die der Verwandten eine reine Unterstützungspflicht; beide Unterstützungspflichtige stehen ihm als Gesamtschuldner gegenüber in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist. Daraus folgt, dass der Mann den Unterhalt nur einmal zu fordern berechtigt ist und deshalb, wenn er ihn gemäss § 1608 vom Verwandten empfangen hat, gemäss § 422 Abs. I gegen die Frau keine Nachleistungs- und Ersatzansprüche geltend machen kann. Ist dagegen die Frau unterhaltsberechtigt, so ist die Verpflichtung des Mannes nicht von einer Bedürftigkeit der Frau abhängig, der Unterhalt, den sie zu beanspruchen hat, bildet einen Bestandteil ihres Vermögens und die Unterhaltspflicht der Verwandten tritt gemäss § 1602 Abs. I erst ein, wenn das Vermögen der Frau zu ihrem Unterhalt nicht mehr ausreicht. Die Frau ist deshalb befugt, im Falle der Bedürftigkeit den Unterhalt von dem Verwandten zu fordern und gegen den in Verzug geratenen Ehegatten Nachleistungs- und Ersatzansprüche geltend zu machen, nachdem ein gesetzlicher Hinderungsgrund im Sinne des § 1607 Abs. II Satz 2 dem nicht entgegensteht. Denn der Anspruchsübergang vom unterhaltsberechtigten Gatten auf den unterhaltleistenden Verwandten gilt nur im Falle des § 1607 Abs. II Satz 1, nicht aber im Falle des § 1608 Abs. I. Dies geht einerseits hervor aus der Fassung des § 1607 II, der für sich ein geschlossenes Ganze bildet und nach § 1608 Abs. I Satz 3 gleichsam als für sich bestehender Absatz zwischen Absatz I und II des § 1608 einzufügen ist, andrerseits aus der Zweckbestimmung der beiden Gesetzesstellen, von denen § 1607 Abs. II nur die subsidiäre Unterhaltspflicht der Verwandten statuiert, während § 1608 Abs. I auf die Entlastung des weiter verpflichteten Ehegatten abzielt.

Weiter oben wurde bereits als Inhalt der Unterhaltspflicht auch die Verpflichtung zur Deckung der Bedarfsschulden des Unterhaltsberechtigten in den durch § 1613 gezogenen Schranken betont. Es ist nun zu erörtern, inwieweit diese Verpflichtung bei den drei verschiedenen Arten der Unterhaltsgewährung

geht. War der Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren, so ist der Unterhaltsberechtigte befugt, vom Verpflichteten Befreiung von seinen sämtlichen Bedarfsschulden zu verlangen. War dagegen der Unterhalt in Gestalt einer Geldrente zu gewähren, so muss der Berechtigte die zur ordnungsmässigen Deckung des Lebensbedarfs eingegangenen Schulden aus der Nachleistung der Rentenbezüge selbst tilgen und kann nur insoweit Befreiung von Bedarfsschulden beanspruchen, als er infolge des Verzugs des Unterhaltspflichtigen gezwungen war, höhere Bedarfsschulden zu kontrahieren, als er aus der Nachleistung zu decken imstande ist. Beim Verzug des Mannes endlich in der Herausgabe der zur Führung eines abgesonderten Haushaltes erforderlichen Sachen kann die Frau Befreiung von Bedarfsschulden insoweit begehren, als sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen verzögerter Erfüllung verlangen kann.

Aus der Verknüpfung der Unterhaltspflicht mit den Personen der Ehegatten ergeben sich als Folgerungen u. zw.

a) für den unterhaltsberechtigten Ehegatten: der Unterhaltsanspruch ist der Pfändung nicht unterworfen und nicht abtretbar. Nach § 850 Ziff. 2 Z. P. O. sind der Pfändung nicht unterworfen die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen, zu denen auch die Unterhaltsansprüche aus § 1360/1 zählen. Dadurch sind alle Unterhaltsansprüche sowohl im ganzen wie in den einzelnen Unterhaltsbeiträgen gegen den Zugriff der Gläubiger des Unterhaltsberechtigten gesichert. Soweit die Unterhaltsforderung aber nach § 850 Ziff. 2 Z. P. O. der Pfändung nicht unterworfen ist, kann sie nach § 400 B. G. B. auch nicht abgetreten werden und zwar gilt dies sowohl für die gegenwärtigen und zukünftigen Unterhaltsansprüche wie für den Anspruch auf Nachleistung oder Schadensersatz. Denn auch den letzteren kommt der rechtliche Charakter der familienrechtlichen Unterhaltsverbindlichkeiten und sonach der Schutz des § 850 Ziff. 2 Z. P. O. zu, wie sich aus § 1615 Abs. 1 ergibt, der ausdrücklich den Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Unterhaltsanspruch d. i. als gesetzliche Alimentenforderung bezeichnet. Was die Unabtretbarkeit des Unterhaltsanspruches

anlangt, so folgt diese, soweit die Unterhaltsgewährung nach § 1360 Abs. III und nach § 1361 Abs. I Satz 2 für Gegenwart und Zukunft in Frage steht, schon aus § 399, da diese Leistung an einen anderen als den unterhaltsberechtigten Ehegatten ohne Veränderung ihres Inhaltes nicht erfolgen kann; Vergangenheitsansprüche dagegen und Ansprüche aus § 1361 Abs. I Satz 1 wären an sich ohne das Verbot des § 400 der Übertragung fähig. Aus dem Ausschluss der Abtretung folgt auch die Unzulässigkeit der Niessbrauch- oder Pfandrechtbestellung gemäss §§ 1069 Abs. II und 1274 Abs. II sowie einer Einbeziehung in die Konkursmasse des Unterhaltsberechtigten (§ 1 Konk.-Ordg.). Eine Ausnahme von der Unübertragbarkeit bildet die bereits erwähnte Vorschrift des § 1607 Abs. II, wonach der Unterhaltsanspruch kraft des Gesetzes an den unterhaltsgewährenden Verwandten nach Massgabe seiner Leistung übergeht, und die Bestimmung in § 62 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz, wonach der Armenverband befugt ist, Ersatz seiner Leistungen von dem Unterhaltspflichtigen im gleichen Mass und unter den gleichen Voraussetzungen zu beanspruchen, als dem Unterstützten ein Anspruch auf jene Leistungen zusteht, sodass der Unterhaltsanspruch des Unterstützten kraft *cessio legis* auf den Armenverband übergeht. In beiden Fällen kann die übergegangene Forderung nur einen Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit im Rahmen des § 1613 zum Gegenstande haben, da ja der Übergang an die Voraussetzung der Leistung durch Verwandte oder Armenverband an Stelle des in Verzug geratenen bezw. für die Rechtsverfolgung schwer erreichbaren Unterhaltspflichtigen geknüpft ist. Der übergegangene Anspruch ist nunmehr der Pfändung unterworfen und der Weiterabtretung fähig, da er sich nicht mehr als eine Unterhaltsforderung des Unterhaltsberechtigten, sondern lediglich als ein Anspruch des Dritten auf Ausgleichung der ungerechtfertigten Bereicherung darstellt, die der Unterhaltspflichtige aus der Heranziehung des Verwandten oder dem Eingreifen des Armenverbandes erfahren hat.[1])

[1]) Wieruszowski S. 119, Opet, Verwandtenrecht, S. 115, 116.

b) Für den unterhaltspflichtigen Ehegatten ergibt sich die Unzulässigkeit der Stellvertretung, soweit der Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren und die Erfüllung durch einen Dritten mit dem Gebote der Lebensgemeinschaft nicht vereinbar ist, während die Erfüllung etwaiger Ersatzansprüche hieraus sowie des Geldrentenanspruches durch jeden Dritten, die Erfüllung des Herausgabeanspruches auf Haushaltungsgegenstände durch den Dritten, in dessen Besitz oder Gewahrsam sich die Sachen befinden, erfolgen kann.

Für die Beendigung der Unterhaltspflicht gilt folgendes:

I. Die Unterhaltspflicht erlischt mit dem Wegfall ihrer Voraussetzungen und zwar 1. mit der Auflösung der Ehe a) durch Scheidung, b) durch Schliessung einer neuen Ehe, nachdem der frühere Ehegatte für tot erklärt worden ist, c) durch den Tod eines der Ehegatten; in letzterem Falle erleidet aber der Grundsatz von der Unvererblichkeit des Unterhaltsanspruches folgende Ausnahmen; α) bezüglich der bis zum Tode des einen der Ehegatten verfallenen Unterhaltsleistungen besteht die Verpflichtung zur Nachleistung und bei Verzug zum Schadensersatz; β) soweit der Unterhaltspflichtige zur Vorausleistung verpflichtet war, ist der Unterhalt bis zum Ende des Zeitabschnittes zu gewähren, innerhalb dessen der Tod erfolgt ist; γ) ist der Unterhalt nach § 1360 Abs. II gewährt worden, so erlischt zwar die Unterhaltsverbindlichkeit des Verpflichteten mit dessen Tod, jedoch tritt an deren Stelle gemäss § 1969 die Verpflichtung seines Erben, dem Unterhaltsberechtigten in den ersten dreissig Tagen nach dem Eintritt des Erbfalles in demselben Umfang, wie der Erblasser es getan hat, Unterhalt zu gewähren und die Benützung der Wohnung und der Haushaltungsgegenstände zu gestatten; δ) im Falle des Todes des Berechtigten hat der Verpflichtete gemäss § 1615 Abs. II die Kosten der Beerdigung zu tragen. Ferner erlischt die Unterhaltspflicht 2. mit dem Wegfall der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und 3. die Unterhaltspflicht gegenüber dem Manne mit dem Wegfall seiner Bedürftigkeit. Endlich erlischt die Unterhaltspflicht nach §§ 1360/1 4. mit der richterlichen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft;

an ihre Stelle tritt gemäss § 1586 die Unterhaltspflicht nach §§ 1578—1583.

II. Da die Unterhaltspflicht auf zwingender gesetzlicher Vorschrift beruht und infolgedessen der anderweiten Regelung durch die Beteiligten entzogen ist, sind jene Rechtsgeschäfte, welche das Erlöschen der Schuldverhältnisse bewirken, untauglich zur Herbeiführung der Beendigung der Unterhaltspflicht für die Zukunft. Diese erlischt weder durch Erfüllung noch durch Aufrechnung, Erlass oder Verjährung.

Was die Erlöschung durch Erfüllung anlangt, so wird der Verpflichtete gemäss § 1614 Abs. II, der durch § 1360 Abs. III für anwendbar erklärt worden ist, bei erneuter Bedürftigkeit des Berechtigten nur für den in § 760 Abs. II bestimmten Zeitabschnitt, oder wenn er selbst den Zeitabschnitt zu bestimmen hatte, für einen den Umständen nach angemessenen Zeitabschnitt befreit. Dieser Zeitabschnitt beträgt also bei Geldrenten 3 Monate, bei der Unterhaltsgewährung nach § 1360 Abs. III, wo dem Ehemann kraft seines Entscheidungsrechtes die Bestimmung der Zeitabschnitte zusteht, umfasst er einen den Umständen nach angemessenen Zeitraum. Hat der Verpflichtete über diesen Zeitpunkt hinaus vorausgeleistet, so ist er, falls der Unterhaltsberechtigte die für den zukünftigen Unterhalt bestimmten Mittel vorher zu anderen Zwecken verbraucht und bei Eintritt des Zeitpunktes, für den die Unterhaltsmittel vorausgeleistet wurden, bedürftig d. h. nicht in der Lage ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, zur nochmaligen Leistung verpflichtet. Diese nochmalige Leistung ist jedoch reine Unterstützungspflicht, die im Gegensatz zur ersten Leistung auch seitens der anspruchserhebenden Ehefrau den Nachweis der Bedürftigkeit voraussetzt.

Der Erlöschungsgrund der Aufrechnung ist gemäss § 394 insoweit ausgeschlossen, als der Unterhaltsanspruch der Pfändung nicht unterworfen ist. Die Erlöschung durch Erlass ist unzulässig, da nach § 1614 Abs. I auf den Unterhalt für die Zukunft weder ganz noch teilweise verzichtet werden kann. Demgemäss ist auch die Regelung der Unterhaltspflicht durch Vergleich nur insoweit zulässig, als die vereinbarten Leistungen im wesentlichen als Erfüllung der rechtlich-sittlichen Unterhalts-

pflicht angesehen werden können[1]) d. h. nach Form und Inhalt den Vorschriften der §§ 1360/1 entsprechen. Endlich sind Ansprüche aus einem familienrechtlichen Verhältnisse, wozu die Unterhaltsansprüche aus §§ 1360/1 gehören, gemäss § 194 Abs. II der Verjährung nicht unterworfen, soweit der Anspruch auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist.

Was dagegen die Unterhaltsansprüche für die Vergangenheit anlangt, so erlöschen diese durch Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Erlass. Nur die Erlöschung durch Aufrechnung ist gemäss § 394 in Verbindung mit § 850 Ziff. 2 Z. P. O. und jene durch Verjährung gemäss § 204 wenigstens für die Dauer der Ehe auch bezüglich der Vergangenheitsansprüche ausgeschlossen.

B.

Die prozessuale Durchführung des Rechtes auf eheliche Lebensgemeinschaft.

I. Allgemeines.

1. Zulässigkeit und Gegenstand.

Die Zulässigkeit der Geltendmachung des Anspruchs auf eheliche Lebensgemeinschaft im Klageweg folgt aus § 1353 Abs. II B. G. B., der von dem Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Lebensgemeinschaft spricht, ohne hiebei ein gerichtliches Verlangen auszuschliessen, und aus § 1567 Abs. II Satz 1, der die rechtskräftige Verurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft anführt, sowie aus § 606 Z. P. O., der die Herstellung des ehelichen Lebens als Gegenstand einer Rechtsstreitigkeit aufführt. Zur unmittelbaren Geltendmachung des Anspruchs auf eheliche Lebensgemeinschaft im Klagewege dient demgemäss die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gemäss § 606 Z. P. O., im

[1]) Hussarek bei Grünhut 20, S. 685.

folgenden kurzweg als Herstellungsklage bezeichnet. Auf das Verfahren finden die in § 606 ff. normierten Vorschriften über das Verfahren in Ehesachen und die für die Herstellungsklage statuierten besonderen Abweichungen und Ergänzungen, wie sie weiter unten erörtert werden sollen, Anwendung.

Die Herstellungsklage gründet sich auf jede Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten zu einander entspringenden persönlichen Rechte und Verpflichtungen aus § 1353 Abs. 1 B. G. B. und der in den §§ 1354—1360 daselbst enthaltenen einzelnen Folgen dieser Rechte und Pflichten, die spezielle Verpflichtung ist zweckmässig im Klageantrag jedesmal genau zu bezeichnen.

Im einzelnen kommen besonders folgende Verpflichtungen in Betracht:

Auf Grund des § 1353 Abs. I kann insbesondere geklagt werden auf Leistung der ehelichen Pflicht[1]) oder auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft;[2]) durch die Verurteilung zur häuslichen Gemeinschaft werden die früher nach den Landesgesetzen infolge des in § 16 Ziff. 6 Einf.-Ges. zur Z. P. O. statuierten Vorbehaltes zulässig gewesenen und nunmehr durch Art. 11 Ziff. 4 des Einf.-Ges. zur Novelle vom 17. Mai 1898 beseitigten Rückkehr- und Annahmebefehle ersetzt.

Aus § 1354 kann der Mann gegenüber der Frau auf Erfüllung der Folgepflicht bezüglich aller von ihm getroffenen Entscheidungen in Angelegenheiten des gemeinsamen ehelichen Lebens überhaupt wie besonders über Wohnort und Wohnung klagen. Auf Grund des § 1355 kann der Mann gegen die Frau, falls sie sich zur Führung seines Familiennamens weigert, auf Verurteilung zur Führung desselben und die Frau gegen den Mann, falls er ihr das Recht zur Führung seines Familiennamens bestreitet, auf Verurteilung zur Duldung dieser Namensführung klagen. Aus § 1356 steht dem Mann die Klage zu, wenn die Frau sich ihrer Verpflichtung zur Leitung des Hauswesens und Leistung der ihr zustehenden Arbeiten entzieht, und die Frau hat ein Klagerecht gegen den Mann, wenn er ihr das Recht auf Leitung des Hauswesens verkürzt oder entzieht.

[1]) Mot. z. B. G. B. IV. S. 108. — [2]) Vergl. § 1567 Abs. I Ziff. 1 B. G. B.

Bezüglich der in den §§ 1357 und 1358 B. G. B. enthaltenen, gleichfalls persönliche Beziehungen der Ehegatten und zwar in Rücksicht auf die Schlüsselgewalt der Ehefrau und deren Beschränkung oder Ausschliessung durch den Mann sowie die eheherrliche Befugnis zur Beschränkung der persönlichen Leistungen der Frau gegenüber einem Dritten regelnden Vorschriften wird von verschiedenen Schriftstellern wie Gaupp[1]) und Seuffert[2]) die Zulässigkeit der Erhebung der Herstellungsklage verneint, während Wieruszowski[3]) der Frau sowohl die Erhebung der Herstellungsklage wie auch im Falle des § 1358 das Recht der unmittelbaren Klage auf Zustimmung zugesteht. Anlangend den § 1358 muss ersterer Auffassung beigepflichtet werden mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut dieses Paragraphen, der die Befugnis zur Erteilung der Ermächtigung und bezw. Zustimmung ausdrücklich und ausschliesslich dem Vormundschaftsgericht einräumt. Was jedoch den § 1357 betrifft, so spricht das Gesetz in diesem Paragraphen dem Vormundschaftsgericht lediglich die Befugnis zu, dass es auf Antrag tätig werden kann, verordnet also für dasselbe nur eine fakultative Zuständigkeit, ohne die Zuständigkeit des ordentlichen Prozessgerichts weder ausdrücklich noch tatsächlich zu beschränken oder aufzuheben. In der Praxis wird es also im Belieben des Verletzten liegen, ob er mit Rücksicht auf die geringere Schwere der Störung und insbesondere den Wunsch auf baldmöglichste Beilegung derselben das Vormundschaftsgericht anrufen oder bei schwererer Störung und hartnäckigem Widerstand Klage beim Prozessgericht erheben will. Dieser Ansicht ist besonders Planck[4]) und Wieruszowski;[5]) sie wird unterstützt durch die Kommissionsprotokolle.[6])

Ausgeschlossen von der Verfolgung im Wege der Herstellungsklage ist die Verletzung aller nicht ausschliesslich auf den rein persönlichen Beziehungen der Ehegatten beruhenden eherechtlichen Pflichten, insbesondere derjenigen zu vermögensrechtlichen Leistungen. Dies gilt vor allem auch von der Unterhaltspflicht, soweit sie nach § 1361 zu leisten ist; eine

[1]) Komm., Note III 5 vor § 606. — [2]) Komm., Anm. 2g zu § 606. — [3]) Handbuch, S. 31 Note 34. — [4]) Note 2 Abs. 2 vor § 1353 und Note 5 zu § 1357. — [5]) Handbuch, S. 47. — [6]) Prot. IV. S. 108.

Herstellungsklage ist hier völlig undenkbar, denn § 1361 setzt ja voraus, dass die Herstellung des ehelichen Lebens verweigert werden darf. Anders verhält es sich bei Versagung des Unterhalts, wenn dieser gemäss § 1360 Abs. III in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren ist. Hier ist zu unterscheiden, ob der Inhalt des geltend gemachten Anspruchs in seiner Verwirklichung sich nur auf der Grundlage der ehelichen Lebensgemeinschaft erreichen lässt oder ob er auch unabhängig von dieser durchgeführt werden kann. Ersterenfalls liegt eine Verletzung des § 1353 vor, die zur Erhebung der Herstellungsklage berechtigt. Betrifft der Unterhaltsanspruch jedoch Leistungen, die sich zwar auf die eheliche Lebensgemeinschaft gründen, jedoch unabhängig von ihr erfüllen lassen, wie dies beispielsweise bei den Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung der Unterhaltspflicht der Fall ist, so ist der Anspruch im ordentlichen Prozessverfahren durchzuführen.

2. Rechtliche Natur der Herstellungsklage.[1])

In jedem Prozess wird durch die Rechtsschutzbitte des verletzten Bürgers (Klage) ein Verfahren vor den zuständigen staatlichen Organen (Gerichten) anhängig, in welchem durch die Autorität der Staatsgewalt (richterliches Urteil) bindend entschieden werden soll, dass auf Grund des objektiven Rechts (der Privatrechtsordnung) dem Rechtsschutz suchenden Bürger im konkreten Falle ein Anspruch zustehe auf Befriedigung seines subjektiven Rechtsschutzinteresses durch Verwirklichung des befriedigungsbedürftigen Rechts.

Dieses Rechtsschutzinteresse kann befriedigt werden:

1. durch die urteilsmässige blosse Feststellung, dass bezw. ob ein konkretes Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht, Feststellungsurteil genannt; Gegenstand desselben kann jedes Rechtsverhältnis sein; die Wirkung des Feststellungsurteils ist eine rein prozessuale, sie besteht darin, dass nunmehr das in dem formell rechtskräftigen Urteil festgestellte Rechtsverhältnis zwischen

[1]) Vgl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht und Hellwig, Lehrb., Bd. I S. 44 ff.

den Parteien unbestreitbar und für jeden zweiten Richter bindend ist, insolange nicht das die Feststellung des Rechtsverhältnisses aussprechende Urteil in einem Wiederaufnahme-Verfahren aufgehoben wird; es verleiht also lediglich Rechtsgewissheit, eine weitere materielle Rechtskraft kommt ihm nicht zu;

2 durch die Verurteilung des Verpflichteten zur geschuldeten Leistung; die Verurteilung enthält in dem Befehl, die geschuldete Leistung durch Tun, Dulden oder Unterlassen zu bewirken, gleichzeitig die Feststellung des Verpflichtungsverhältnisses in Anspruch und Verbindlichkeit, Leistungs-, auch Vollstreckungsurteil[1]) genannt; Gegenstand desselben kann nur eine Verpflichtung zu einer Leistung sein; die Wirkung dieses Urteils besteht darin, dass der obsiegende Kläger durch das Urteil einen Vollstreckungstitel erhält, auf Grund dessen er die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils begehren und sodann von den hiezu bestellten staatlichen Organen die zwangsweise Verwirklichung seines Anspruchs fordern kann;

3. durch Aussprechung einer Rechtsänderung d. h. richterlichen Herbeiführung einer Änderung des vorhandenen Rechtszustandes kraft richterlicher Befehls- und Zwangsgewalt, konstitutives Urteil. Die Wirkung dieses Urteils tritt mit dessen Rechtskraft von selbst ein. Im Ausspruch der Rechtsgestaltung liegt zugleich die Feststellung, dass bis zur Erlassung des Urteils ein Recht des Klägers auf die verfügte Rechtsänderung bestanden hat.

In der Herstellungsklage nun wird durch die Rechtsschutzbitte des Verletzten ein urteilmässiges Gebot an den Beklagten bezweckt, dass er im konkreten Falle entsprechend dem subjektiven Rechtsanspruch des Klägers und seiner eignen subjektiven Verbindlichkeit den aus dem objektiven Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft sich ergebenden Rechtszustand durch entsprechendes Tun, Dulden oder Unterlassen herstelle.

Demnach erscheint die Herstellungsklage als ein Rechtsstreit zum Zweck richterlicher Entscheidung aus einer Leistungs-

[1]) Planck, Lehrbuch, Bd. II S. 10.

klage im ordentlichen landgerichtlichen Prozess, soweit nicht Abweichungen von letzterem durch die §§ 606 ff. Z. P. O. und § 140 Abs. 2 G. V. G. für die Ehesachen im allgemeinen und für die Herstellungsklage im besonderen vorgesehen sind.

3. Rechtliche Wirkung.

Als auf eine Leistungsklage ergangen ist das Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens seinem Inhalt nach an sich der zwangsweisen Verwirklichung fähig und bis zum Inkrafttreten des B. G. B. und der Novelle zur Z. P. O. war auch nach dem § 774 alt der Z. P. O. die Erzwingung der Herstellung möglich, soweit sie nach den Landesgesetzen zulässig war. Lediglich die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung war nach § 644 Abs. II alt mit Rücksicht auf das in der Natur des Streitgegenstandes liegende Bedürfnis nach endgültiger Ordnung des Rechtsverhältnisses schon damals allgemein versagt. Erst durch die Novelle vom Jahre 1898 wurde jede Erzwingung zur Erwirkung eines dem Urteil entsprechenden Verhaltens des Verurteilten gemäss § 888 Abs. II ausgeschlossen. Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils ist hienach hinfällig geworden. Der Gesetzgeber versagt dem obsiegenden Kläger das Recht, vom Staat die Verwirklichung seines Privatrechtes zu verlangen. Demnach kommt der Herstellungsklage in ihrer rechtlichen Wirkung nur die Bedeutung einer Feststellungsklage zu.

4. Zweck.

Hinsichtlich des durch die Erhebung der Herstellnngsklage verfolgten Zweckes ist zu unterscheiden zwischen der eigentlichen Herstellungsklage und der Klage nur auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft.

Durch die Erhebung der Herstellungsklage an sich wird bezweckt, dass die Verurteilung auf den Beklagten mangels der Erzwingbarkeit einer rechtlichen Wirkung eine moralische Wirkung äussert und ihn zur Einrichtung seines Verhaltens entsprechend dem Wesen der Ehe veranlasst, oder dass der Kläger dem Beklagten durch den Mund eines unparteiischen Richters die Unrichtigkeit seines Verhaltens dartun lassen will,

um dann, falls der andere Ehegatte auf seinem rechtswidrigen Verhalten beharrt, für die aus § 1568 B. G. B. anzustrengende Scheidungsklage wegen tiefer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten eine bessere Rechtslage zu haben.

Durch die Anstellung der Klage nur auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft endlich wird bezweckt, im Falle der Quasidesertion die gesetzliche Voraussetzung für die Scheidungsklage aus § 1567 Abs. II Ziff. 1 B. G. B. zu erfüllen.

5. Besonderer rechtlicher Charakter.[1])

Die Ehestreitigkeiten sind zwar in erster Linie Privatrechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien, allein aus der Wichtigkeit und Natur des Streitgegenstandes ergibt sich die Notwendigkeit einer Reihe von Abweichungen vom regelmässigen Verfahren, die sich unter folgenden Gesichtspunkten zusammenfassen lassen:

1. Bei der sittlichen und sozialen Bedeutung der Ehe hat der Staat ein Interesse daran, dass dieselbe ihren Zweck erfülle und dass auch das eheliche Leben nicht leichtfertig oder aus Gründen aufgehoben werde, welche das Gesetz als solche nicht anerkennt. Mithin steht dem Parteiwillen das öffentliche Interesse entgegen und dieses öffentliche Interesse muss von dem individuellen Willen der Parteien unabhängig gehalten werden. Demgemäss wurde
   a) die Dispositionsbefugnis der Parteien beschränkt,
   b) das Verhandlungsprinzip dem Untersuchungsprinzip untergeordnet,
   c) dem Richter in der Untersuchung bezw. Stoffsammlung ein Gehilfe am Staatsanwalt beigegeben,
   d) der leichtsinnigen Erhebung der Klage durch obligatorische Anordnung der vorgängigen Vornahme eines Sühneversuchs vorgebeugt;

2. durch die Erhebung der Klage wird das eheliche Verhältnis in seiner ganzen Vollständigkeit zum Gegen-

[1]) Entwurfs-Begründung, S. 359; Hellmann, Lehrb., § 144 Abs. II; Birkmeyer in Buschs Zeitschr., Bd. VII, S. 155 ff., S. 375 ff.

stand des Rechtsstreits und der richterlichen Beurteilung gemacht und muss mithin der Vervielfältigung von Eheprozessen tunlichst entgegen getreten werden. Aus diesem Grunde wurde

a) die Häufung von Klagegründen zugelassen,
b) die nachträgliche Beibringung von Verteidigungsmitteln gestattet,
c) von der Wiederholung des Sühneversuchs im Falle der Klageänderung und der Widerklage abgesehen,
d) die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils ausgeschlossen,

3. der Zweck der Herstellungsklage lässt eine Verbindung derselben mit jeder anderen Klage, selbst einer solchen in anderen Ehesachen unvereinbar erscheinen. Nur die Verbindung mit einer Scheidungs- oder Anfechtungsklage ist denkbar, jedoch auch hier nicht allgemein sondern nur entweder als Eventualklage für den Fall der Klageabweisung oder als Widerklage. Deshalb wurde die Verbindung der Herstellungsklage nur mit der Scheidungs- und Anfechtungsklage zugelassen, mit Klagen anderer Art aber für unstatthaft erklärt;

4. mit der hauptsächlich sittlichen Natur des Streitgegenstandes ist die Ausübung von Zwang durch Auferlegung von Strafen zur Herbeiführung der Verwirklichung des klägerischen Anspruches unvereinbar. Die Moralgesetze kennen keine Erzwingbarkeit ihrer das innere Verhalten des Menschen bestimmenden Vorschriften, sie heischen Gehorsam aus dem freien sittlichen Empfinden heraus. Deshalb wurde die Erzwingung der Leistung durch Geld oder Haftstrafen versagt;

5. aus der höchstpersönlichen Natur des Streitgegenstandes folgt die Notwendigkeit, alle Einschränkungen der persönlichen Betätigung der Ehegatten im Rechtsstreite tunlichst zu beseitigen. Mit Rücksicht hierauf wurde

a) den geschäftsbeschränkten Ehegatten die Prozessfähigkeit zuerkannt,
b) die Klageerhebung durch den gesetzlichen Vertreter eines geschäftsunfähigen Ehegatten verboten,
c) für den Bevollmächtigten des klagenden Ehegatten die Notwendigkeit der Ausstattung mit einer Spezialvollmacht vorgeschrieben,

d) endlich gehört hieher noch die vom Gesetzgeber gewährte Möglichkeit des Ausschlusses der Öffentlichkeit des Verfahrens auf Parteiantrag hin.

II. Geschichtliche Entwicklung.

1. Römisches Recht.

Dem römischen Recht ist die Herstellungsklage fremd. Weder der Mann noch die Frau hat ein Klagerecht, um den anderen Teil zum gemeinsamen ehelichen Leben zu zwingen. Eine derartige Einrichtung war mit dem im römischen Eherecht durchgeführten, auf mangelnder Entwickelung des Ehebegriffs beruhenden Grundsatz von der unbedingten und völligen Freiheit der Ehescheidung schlechterdings unvereinbar.

Dagegen finden wir im römischen Recht einen der Herstellungsklage verwandten gerichtlich verfolgbaren Anspruch des Ehemanns auf eheliches Zusammenleben mit der Frau gegenüber jedem Dritten, der ihm die Ehefrau vorenthält, in dem *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda.* In dieser Hinsicht bestimmt *l. 2 D. de liberis exhibendis 43, 30: imo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur* und *l. 11 C. de nuptiis 5, 4: si invita detinetur uxor tua a parentibus suis, interpellatus rector provinciae, amicus noster, exhibita muliere voluntatem ejus secutus desiderio tuo medebitur.* Es richtet sich demgemäss hier der Klageanspruch nur auf Beseitigung der dem Vollzug der ehelichen Lebensgemeinschaft entgegenstehenden räumlichen Trennung und zwar sowohl gegen die Eltern wie gegen jeden anderen Dritten, der dem Manne die Frau vorenthält, jedoch nur insoweit, als die Zurückhaltung gegen den Willen der Frau erfolgt, da ja andernfalls einseitige Aufkündigung der Ehe (*repudium*) seitens der Frau gegeben wäre.

2. Kanonisches und gemeines Recht.

Im Zivilprozess des kanonischen Rechts, der die Jurisdiktion in erster Instanz dem Diözesanbischof und in den oberen Instanzen dem Metropoliten und dem päpstlichen Stuhl

zuweist, ist der Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens verfolgbar durch die den römisch-rechtlichen Besitzklagen nachgebildete, durch die Dekretalen eingeführte *actio spolii*. Dieselbe ging aus von der Annahme eines Quasibesitzes des einen Ehegatten an der Persönlichkeit des anderen, welcher dem klagenden Teil durch die in der Handlungsweise des Beklagten liegende Spoliation eigenmächtig entzogen wurde, und bezweckte demnach die Restitution dieses Quasibesitzes.

Die *actio spolii* fand ihre Einführung als allgemeine Restitutionsklage durch *c. 1 X de rest. spol. 2,13 . . . qui a possessione rei suae deiectus seu spoliatus est, non potest a spoliatore conveniri nisi prius in integrum restituatur.* Sie fand Anwendung bei Mobilien wie bei Immobilien, bei Besitz im engeren juristischen Sinne wie bei blosser Detention und gipfelte in dem Satze, dass niemand, dem ein Besitz unrechtmässigerweise entzogen worden, sich früher auf den Rechtsstreit über den Besitz einzulassen brauche, als bis er wieder in den Besitz eingesetzt worden sei . . . . *quamquam ante omnem contentionem possessio ei debuerat violenter ablata restitui . . . . l. c.*

Für ihre Anwendung auf den Quasibesitz der ehelichen Lebensgemeinschaft sind folgende kanonische Gesetzesstellen von Bedeutung:

c. 3 X de divort. 4,19 . . . . quare ipsum ad eam recipiendam, quae petit restitutionem ipsius, districte compellas . . . .

c. 4 l. cit. . . . . nec minus postulat viro restitui . . . .

c. 5 loc. cit. . . . si res ita processit, praetaxatum virum ad legitimam uxorem redire compellas.

c. 6 l. cit. . . . videtur nobis, quod mulier . . . ei quum reversus fuerit est reddenda, quae etiamsi reverti noluerit compellatur.

c. 6 X de eo qui cogn. 4,13 . . . . sed mulier quam cito fuit reddita libertati, aufugit ab eo et se priori viro restitui postulavit.

c. 17 X de convers. conjug. 3,32 . . . Quodcirca discretioni vestrae mandamus, quatenus, si res ita se habet, dictum virum,

ut eam recipiat eique affectum exhibeat conjugalem, appellatione remota cogatis.

c. 8 X de restit. spol. 2,13 . . . . Mandamus, quatenus si vobis constiterit quod praefata mulier praedicto militi legitime desponsata fuisset et ab eo cognita, ipsam ei restitui faciatis . . . .

c. 10 loc. cit. . . . Quum autem prius quam a judicibus mulier citaretur, per dioecesaneum episcopum virum sibi restitui petiisset, ... mandamus quatenus, si est ita, mulieri virum restitui faciatis. . . . .

c. 13 loc. cit. . . . . Vir autem sibi uxorem postulabat restitui, quae ab eo sua temeritate divertit, ... Ipse vero miles nihilominus petebat sibi uxorem libere ac pacifice restitui et ne secus fieret Sedem Apostolicam appellarit. . . . . Primi per decretalem epistolam Lucii Papae juvari videntur arguentis quosdam judices delegatos, qui restitutionem viri, qui sine indicio ecclesiae uxorem dimiserat et ei consanguinitatem postmodum opponebat, spoliatae ac repetenti conjugem denegabant, et mandantis, sibi prius restitui taliter spoliatam et postea de matrimoniali causa cognosci.

Das kanonische Recht stellt beide Geschlechter in Bezug auf das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft gleich und lässt deshalb die *actio spolii* seitens eines jeden Ehegatten zu. Die Einrede der Spoliation musste innerhalb 15 Tagen bewiesen werden, widrigenfalls kostenfällige Zurückweisung erfolgte, *exceptio spoliationis probanda est semper intra quindecim dies, alias in expensis condemnatur excipiens.*

Der *exceptio spolii* kommt nach kanonischem Recht die Wirkung zu, dass sie von der Verbindlichkeit zur Einlassung befreit, falls sie binnen 15 Tagen bewiesen wird. Dieser Satz stützt sich auf *c. 2 X de ord. cognit. 2,10: . . . Ei citra litis contestationem sub forma exceptionis fuit ex adverso responsum, quod per ipsius dolum et violentiam castrum Sirati amiserant, quod et progenitores eorum tenuerant et ipsi possederant in quiete sibi petentes prius restitui quam petitionibus ipsius responderent. . . . Nos autem distinguendum esse credimus, utrum spoliationis quaestio ab eisdem nobilibus sit*

obiecta in modum actionis ad restitutionem petendam an in forma exceptionis ad intentionem adversarii repellendum: . . . Sed quoniam quaestio illa fuit ab eisdem nobilibus tantum in modum exceptionis obiecta, interloquendo pronunciavimus, ut probationes eorum super ipsa exceptione primutus audirentur et ea probata legitme non cogerentur respondere super petitionibus memoratis, donec restituerentur ab ipso, quum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere und auf die Stelle in *c. 4 l. c. Super spoliatione conventus adversus restitutionem petentem non est nisi super quaestione spoliationis, si eum reconveniat, audiendus, quum restitutionis petitio in hoc privilegiata noscatur, ut ipsam intentans non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere, quamquam ab agendo spoliatione ab eis in modum exceptionis proposita repellatur.* Diese Wirkung der Befreiung von der Verbindlichkeit zur Einlassung wurde jedoch durch den jüngsten Reichsabschied vom Jahre 1654 allen dilatorischen Einreden mit Ausnahme der Gerichtsablehnenden abgesprochen.

Durch das gemeine Recht wurde diese *actio spolii* übernommen und durch die Praxis ausgebildet. Gegenstand einer selbständigen Klage blieb jedoch da, wo landesgesetzlich gemeines Recht galt, der Anspruch auf eheliche Lebensgemeinschaft nur insoweit, als zur Scheidung wegen Desertion die Entweichung an einen unbekannten oder dem richterlichen Arme unerreichbaren Aufenthaltsort die Voraussetzung bildet.[1]) Wo sich dagegen die Scheidung auch wegen Quasidesertion ausgebildet hat, bildet die Herstellung des ehelichen Lebens nicht mehr den Gegenstand einer selbsständigen Klage sondern erscheint teils als Zweck eines der Scheidungsklage wegen Desertion vorausgehenden Verfahrens, teils als Bestandteil des Scheidungsprozesses wegen Desertion selbst.[1])

3. Das neuere Recht.

Bis zum Inkrafttreten des B. G. B. war die Ehegerichtsbarkeit überhaupt in den verschiedenen deutschen Rechtsgebieten

[1]) Entw. Begr., S. 358.

höchst ungleichartig gestaltet. Preussen, wo in den evangelischen Stammlanden bereits durch den Augsburger Religionsfrieden vom 25. September 1555 alle geistliche Jurisdiktion beseitigt worgen war, und die Gebiete des rheinischen Rechts wiesen sie den gewöhnlichen Gerichten zu, in anderen Gebieten, besonders im rechtsrheinischen Bayern, in Württemberg und Sachsen stand sie geistlichen oder gemischten Gerichten zu. Erst durch § 76 des Personenstandsgesetzes wurde die geistliche Gerichtsbarkeit in Ehesachen in Deutschland allgemein beseitigt und die ausschliessliche Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte begründet, zudem aber durch § 15 G. V. G. der Ausübung der geistlichen Gerichtsbarkeit in Ehesachen die bürgerliche Wirkung noch besonders abgesprochen. Der für Bayern in § 78 Abs. III des Personenstandsgesetzes gemachte bezügliche Vorbehalt ist durch § 16 Ziff. 6 des Einf.-Ges. zur Z. P. O. vom 30. Jan. 1877 beseitigt.

Was die Geltendmachung des Anspruchs auf eheliche Lebensgemeinschaft anlangt, so entwickelte sich die Restitutionsklage des kanonischen Rechts zur Herstellungsklage ebensowohl da, wo sie durch die Landesgesetzgebung eingeführt und die Urteilsvollstreckung durch Anwendung von persönlichem Zwang gesetzlich für zulässig erklärt wurde, als auch da, wo landesgesetzlich gemeines Recht gilt, in letzterer Beziehung jedoch mit der bereits oben angeführten Beschränkung. Im neueren Prozessrecht der grösseren deutschen Bundesstaaten, denen die Herstellungsklage bekannt ist, wird sie unter verschiedenen Bezeichnungen eingeführt, so von Preussen in § 1 des Gesetzes vom 1. März 1869 betr. die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Ehe- und Verlöbnissachen in der Provinz Hannover als Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, von Baden in § 1053 der Proz.-O. als Antrag auf Fortsetzung der Ehe, vom Sächsischen Entwurf der Z. P. O. in § 940 Nr. 2 als Klage auf Fortstellung der ehelichen Gemeinschaft.[1])

An der vorhandenen Rechtslage hat auch die R. Z. P. O. vom 30. Jan. 1877 nichts geändert, indem sie die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht in den Rechts-

[1]) Entw. Begr., S. 358.

gebieten, denen sie bisher unbekannt war, eingeführt sondern lediglich bestimmt hat, dass sie in allen Rechtsgebieten, in denen sie schon bisher bestanden hat, auch fernerhin zulässig sein, jedoch als Ehesache behandelt werden und folglich dem Sonderverfahren der §§ 568 ff. R. Z. P. O. unterworfen sein sollte.[1]) Soweit nach Landesgesetzen ein Zwang zur Befolgung des Urteils auf Herstellung des ehelichen Lebens zulässig ist, ist die Anwendung der in § 774 Abs. I R. Z. P. O. vorgesehenen Zwangsmassregeln durch Abs. II l. c. für zulässig erklärt worden.

Eine einheitliche Regelung des Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft für das gesamte Gebiet des deutschen Reiches ist erst durch § 1353 Abs. I B. G. B. und die gleichzeitig hiemit in Kraft getretenen Bestimmungen der Novelle zur Z. P. O. vom 17. Mai 1898 erfolgt.

III. Die Prozessorgane.

A. Das Gericht.

1. Sachliche Zuständigkeit.

Zur Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten, welche die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstand haben, ist gemäss § 606 Abs. I Z. P. O. sachlich ausschliesslich das Landgericht und zwar nach § 70 G. V. G. die Zivilkammer des Landgerichts zuständig. Diese Zuständigkeitsregelung teilt die Herstellungsklage mit allen Ehesachen und zwar mit Rücksicht auf die grosse Verantwortlichkeit der richterlichen Aufgabe infolge der Bedeutung des Streitgegenstandes für das öffentliche Leben, welche die Zulässigkeit der Revision an den obersten Gerichtshof und damit die Möglichkeit einer einheitlichen Rechtsprechung als besonders wünschenswert erscheinen lässt.

Nachdem die landgerichtliche Zuständigkeit eine ausschliessliche ist und zudem der Rechtsstreit keine vermögensrechtlichen Ansprüche betrifft, ist aus jedem dieser beiden Gründe jede Parteidisposition durch Prorogation im Sinne der §§ 38 und 39 und zwar sowohl auf ein sachlich wie auf ein

[1]) Entw. Begr., S. 358.

örtlich unzuständiges Gericht durch § 40 Abs. II ausgeschlossen. Die Befolgung dieser Vorschrift ist im Hinblick auf das obwaltende öffentliche Interesse von Amtswegen zu berücksichtigen.[1])

2. Örtliche Zuständigkeit.

Die Regelung der örtlichen Zuständigkeit durchbricht völlig den prozessualen Grundsatz der Abhängigmachung der Zuständigkeit von der Beziehung des Beklagten hinsichtlich seines Wohnsitzes oder Aufenthalts zum Gerichtsort, den Grundsatz der „Lokalisierung der Defensionspflicht des Beklagten".[2])

Nach § 606 Abs. I begründet sich die örtliche Zuständigkeit ausschliesslich für jenes Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand im Sinne des § 13 Z. P. O. d. i. seinen Wohnsitz im Sinne der §§ 7—9 B. G. B. hat. Massgebend für die Beurteilung der Zuständigkeit ist der Wohnsitz, welchen der Ehemann zur Zeit der Klage-Erhebung hat. Die hienach einmal gegebene Zuständigkeit des Prozessgerichts wird durch eine nach Zustellung der Klage eintretende Veränderung der sie begründenden Umstände gemäss § 263 Ziff. 2 nicht berührt.

Belanglos ist hiebei, ob der Ehemann Kläger oder Beklagter ist.[3]) Der Grundsatz *actor sequitur forum rei*, der Kläger hat sich nach dem Beklagten zu richten, ist hier völlig ausgeschaltet. Diese Zuständigkeit bleibt auch dann, wenn die Ehefrau den Wohnsitz des Ehemannes nicht teilt und daher einen eignen Gerichtsstand gemäss § 10 Abs. II B. G. B. hat.

Ob der Wohnsitz des Ehemannes im Inland oder im Ausland gelegen ist, ist für die Begründung der Zuständigkeit gleichgültig;[4]) auch das Gericht des Auslandes ist zuständig für dort wohnende Deutsche, das ausländische Urteil wird in Deutschland anerkannt, soweit der Wirksamkeit des Urteils nicht die Ausschliessungsgründe des § 328 entgegenstehen.

Belanglos ist ferner, ob der Ehemann, soferne er einen inländischen Wohnsitz hat, Inländer oder Ausländer ist;[5]) seine

[1]) R. G. bei Gruchot, Bd. 35, S. 1206; Bülow, S. 23; Petersen in Zeitschr. f. ziv. Praxis 2, S. 195. — [2]) Wach bei Gruchot 24, S. 723. — [3]) R. G., Bd. 12, S. 433. — [4]) R. G. im Jur. Woch. 1889, S. 432; Entw. Begr., S. 360. — [5]) R. G., Bd. 3, S. 32.

Staatsangehörigkeit hat auf den Gerichtsstand des § 606 Abs. I keinen Einfluss.

Hat der Ehemann mehrere Wohnsitze, so konkurrieren diese mit einander, selbst wenn einer von ihnen im Auslande gelegen ist. Unter diesen mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger nach dem Grundsatz der Elektivkonkurrenz gemäss § 35 die Wahl. Mit der Erhebung der Klage bei einem Gericht wird die Zuständigkeit des anderen Gerichts nicht aufgehoben, durch die bei einem Gericht erhobene Klage ist jedoch die Streitsache rechtshängig geworden und der Beklagte kann der nochmaligen Geltendmachung des Klageanspruchs vor einem anderen Gericht die Einrede der Rechtshängigkeit nach § 263 Ziff. 1 entgegensetzen.

Infolge dieser Konkurrenz von Gerichtsständen in einzelnen Fällen kann allerdings der Übelstand herbeigeführt werden, dass das eheliche Verhältnis, welches seinem Wesen nach einer einheitlichen Feststellung bedarf, im In- und Ausland nach verschiedenen Rechtsnormen beurteilt wird. Allein dieses Bedenken muss zurücktreten vor der Erwägung, dass die Reichsgesetzgebung es tunlichst verhüten muss, dass Angehörige des Reiches rechtlos gemacht werden, dass sie mithin wegen der Möglichkeit von Konflikten mit dem Recht des Auslandes keine Bestimmungen treffen darf, welche Reichsangehörigen, wenn auch nur faktisch, die Möglichkeit entziehen, Ansprüche, die ihnen das Recht des Inlands gewährt, vor Gericht zum Austrag zu bringen,[1]) wie dies der gesetzliche Ausschluss der Zuständigkeit der Gerichte des Auslandes und ein hierauf zur Anwendung gelangendes Vergeltungsrecht des Auslandes zur Folge haben könnte.

Die konsequente Durchführung der auf dem Territorialitätsprinzip beruhenden Zuständigkeitsregelung nach § 606 Abs. I würde nun in den Fällen, in welchen der Ehemann keinen Gerichtsstand d. i. weder einen Wohnsitz noch einen Aufenthaltsort im Inlande besitzt, die Anwendung der deutschen Gesetze auf das eherechtliche Verhältnis der im Auslande lebenden deutschen Ehegatten ausschliessen und dadurch in Widerspruch

[1]) Entw. Begr., S. 360.

stehen mit dem in Art. 14 des Einf.-Ges. z. B. G. B. aufgestellten Grundsatz, dass die persönlichen Beziehungen deutscher Ehegatten zu einander nach deutschen Gesetzen zu beurteilen sind, auch wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz im Auslande haben oder wenn der Mann die Reichsangehörigkeit verloren, die Frau sie aber behalten hat. Um nun in diesen Fällen die Anwendung deutscher Gesetze zu sichern, hat die Novelle zur Z. P. O. in Abs. II des § 606 einen auf dem Nationalitätsprinzip beruhenden subsidiären und fakultativen inländischen Gerichtsstand zur Verfügung gestellt durch folgende Bestimmungen:

1. Hat der deutsche Ehemann überhaupt jemals im Inlande einen Wohnsitz besessen, so kann die Klage bei demjenigen Landgerichte erhoben werden, in dessen Bezirk der letzte inländische Wohnsitz des Ehemannes belegen ist.

2. Hat der deutsche Ehemann überhaupt noch keinen inländischen Wohnsitz begründet, so ist zu unterscheiden, ob der Ehemann die Staatsangehörigkeit eines deutschen Bundesstaates oder nur die Reichsangehörigkeit[1]) besitzt. Ersterenfalls gilt nach § 15 Abs. I Satz 2 Z. P. O. die Hauptstadt seines Heimatstaates als Wohnsitz und ist folglich das Landgericht, in dessen Bezirk die Hauptstadt gelegen ist, oder falls letztere in mehrere Gerichtsbezirke geteilt ist, das für den durch allgemeine Anordnung der Landesjustizverwaltung als Wohnsitz bestimmten Gerichtsbezirk zuständige Landgericht zuständig.

Besitzt der Deutsche keine Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaat, so gilt nach § 15 Abs. I Satz 3 als sein Wohnsitz die Stadt Berlin und ist nach Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 21. April 1906 jenes Landgericht für ihn wie selbstverständlich auch für den wohnsitzlosen preussischen Staatsangehörigen zuständig, zu dessen Bezirk der Amtsgerichtsbezirk Berlin-Mitte gehört.

3. Der gleiche Gerichtsstand wie für Reichsangehörige ohne Staatsangehörigkeit eines Bundesstaates ist entsprechend dem Art. 29 Einf.-Ges. zum B. G. B. auch für den Fall er-

[1]) Vgl. § 6 des Ges. v. 19. III. 88 betr. die Rechtsverhältnisse der Schutzgebiete.

öffnet, dass a) der Ehemann die Reichsangehörigkeit verloren, die Ehefrau sie aber behalten hat, b) beide Ehegatten die Reichsangehörigkeit verloren haben, der Ehemann aber eine andere Staatsangehörigkeit nicht erworben hat.

3. Funktionelle Zuständigkeit.

Nachdem die erstinstanzielle Prüfung und Entscheidung des Rechtsstreits den Landgerichten zugewiesen ist, obliegt die im Wege der Berufung nach § 511 zulässige zweitinstanzielle Nachprüfung gemäss § 123 Ziff. 1 G. V. G. den Oberlandesgerichten. Zur drittinstanziellen Nachprüfung, deren Zulässigkeit nach § 547 Ziff. 2 gegeben ist, nachdem es sich um eine Rechtsstreitigkeit handelt, für welche das Landgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig ist, ist nach § 135 G. V. G. ausschliesslich das Reichsgericht berufen, nachdem durch Art. 6 des Einf.-Ges. zum B. G. B. die Zuständigkeit des einzig in Bayern bestehenden obersten Landesgerichts beseitigt worden ist.

B. Anderweitige öffentliche Organe.

Staatsanwaltschaft.

1. Zweck der Mitwirkung.

In allen Ehesachen besteht ein öffentliches Interesse daran, dass eine gesetzlich giltige Ehe auch aufrecht erhalten bleibe und ihren rechtlichen, sittlichen und sozialen Zweck erfülle. Demgemäss hat der Staat die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass in Eheprozessen 1. jene Tatsachen und Beweismittel, welche der Aufrechterhaltung der Ehe dienen und welche bei dem das Verfahren beherrschenden Verhandlungsgrundsatz bezüglich ihrer Vorbringung völlig der Willkür der Parteien überlassen wären, von dieser Abhängigkeit befreit und einem öffentlichen Organ zur Wahrnehmung überwiesen werden, 2. dass die Erforschung des wahren Sachverhaltes möglichst gesichert werde; die Erreichung dieses Zieles wird aber durch die Gefahr des geheimen Einverständnisses der Parteien über Aufstellung erdichteter Tatsachen zum Zweck der Auflösung der Ehe, letzteres besonders auch bei der Herstellungsklage zum Zweck

darauffolgender Scheidungsklage aus § 1567 Ziff. 1 B. G. B. schwer bedroht, weshalb einem öffentlichen Organ eine gewisse untersuchende Tätigkeit eingeräumt werden muss.

Dem Gerichte konnte diese Aufgabe mit Rücksicht auf die tunlichste Reinhaltung des richterlichen Amtes von inquisitorischer Tätigkeit nicht wohl übertragen werden.[1]) Deshalb wurde im Anschluss an die neuere Rechtsentwickelung[2]) diese Aufgabe der Staatsanwaltschaft übertragen und dieselbe durch § 607 zur Mitwirkung am Rechtsstreit berufen.

2. Rechtliche Stellung.

Machdem der Zweck der Mitwirkung des Staatsanwaltes, wie soeben dargetan, durch die Aufgabe begrenzt wird, welche er statt des Gerichtes und neben demselben zu lösen hat, ergibt sich seine rechtliche Stellung in der Herstellungsklage hieraus ohne weiteres. Seine Befugnis umfasst in der Herstellungsklage nicht das Recht zum Prozessbetrieb, es ist ihm also nicht die Rolle einer Partei zugewiesen, noch weniger kommt ihm die der französischen Auffassung entsprechende Stellung eines Wächters des Gesetzes gegenüber dem Gerichte zu, sondern seine Tätigkeit ist lediglich auf die Erforschung der Wahrheit des Sachverhaltes und zwar gleichviel ob dieselbe für oder gegen die Aufrechterhaltung der Ehe wirkt, und die Beibringung von Tatsachen und Beweisen zum Zweck der Aufrechterhaltung der Ehe gerichtet und weist ihm mithin die Stellung eines Gehilfen des Gerichtes bei der Stoffsammlung und eines *defensor matrimonii* den Parteien gegenüber zu.[3])

3. Art und Inhalt der Mitwirkung.

Während vor der Novelle zur Z. P. O. vom Jahre 1898 der zuständige Staatsanwalt zur Teilnahme an den Verhandlungen vor dem erkennenden Gerichte verpflichtet war und seine Abwesenheit eine Gesetzesverletzung involvierte, ist nun-

[1]) Entw. Begr., S. 360. — [2]) Preuss. Verord. über das Verf. in Ehesachen v. 28. VI. 44 §§ 4—7, 54, Preuss. Entw. z. Z. P. O. §§ 854, 855, 866, 882—885, Bad. P. O. §§ 1038, 1050, 1052, Bayer. Z. P. O. Art. 672, 678—680, Preuss. Ges. v. 1. III. 69 §§ 7, 8, Nordd. Entw. §§ 1076 bis 1084, 1104, 1105. — [3]) Entw. Begr., S. 361.

mehr seine Mitwirkung nur eine fakultative und durch eine Nichtausübung der Befugnis durch ihn wird keine Gesetzesverletzung begründet.

In Erfüllung seiner Aufgabe ist er berechtigt, allen Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht sowie vor einem Richterkommissär beizuwohnen, zu welchem Behufe er von allen Terminen, auch jenen, in denen die Verkündigung einer Entscheidung[1]) oder ein vom Gericht angeordneter Sühneversuch[2]) stattfindet, von Amtswegen in Kenntnis gesetzt werden muss. Eine besondere Form, insbesondere diejenige einer Ladung, ist für diese Benachrichtigung nicht vorgeschrieben; ihr Vollzug obliegt dem Gerichtsschreiber. Die Unterlassung dieser Benachrichtigung begründet nur dann die Revision, wenn anzunehmen ist, dass zwischen ihr und der ergangenen Entscheidung ein ursächlicher Zusammenhang besteht, d. h. dass die Mitwirkung des Staatsanwaltes ein anderes Ergebnis gezeitigt haben würde.[3])

Der Staatsanwalt ist berechtigt, vor der Verhandlung Einsicht in die Gerichtsakten zu nehmen.

In der Verhandlung ist er befugt, zur Aufrechterhaltung der Ehe Tatsachen und Beweismittel, deren Kenntnis er sich durch Einziehung von Informationen über die wahre Sachlage zu verschaffen berechtigt ist, dem Gerichte zu unterbreiten[4]) und sich vor Erlassung der Entscheidung über die Würdigung der Tatsachen und die rechtliche Beurteilung der Sachlage sowie über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich zu äussern. Über die von ihm vorgebrachten neuen Tatsachen oder Beweismittel sind die Parteien zu hören; eine Erklärungspflicht der Parteien gegenüber dem Vorbringen des Staatsanwalts besteht jedoch nicht, dagegen hat das Gericht das vom Staatsanwalt Vorgetragene zu würdigen.

Zur selbständigen Stellung von Anträgen und zur Einlegung von Rechtsmitteln ist er in der Herstellungsklage nicht berechtigt. Die Mitwirkung des Staatsanwaltes beschränkt sich auf die mündliche Verhandlung und hat stets durch per-

---

[1]) Petersen-Ang. § 607 Note 2. — [2]) Erler, Ehescheid., § 39 S. 170. — [3]) Petersen-Ang. § 607 Note 2. — [4]) Entw. Begr., S. 361.

sönliche Teilnahme an derselben zu erfolgen, ein schriftlicher Verkehr mit dem Gericht ausserhalb der mündlichen Verhandlung ist nicht statthaft.

Der Name des teilnehmenden Staatsanwaltes ist im Sitzungsprotokoll zu vermerken.

In der Revisionsinstanz ist vor der Entscheidung einer Rechtsfrage durch das Plenum oder die vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts gemäss § 137 G. V. G. der Oberreichsanwalt mit seinen schriftlichen Anträgen zu hören.

C. Die Parteien.

1. Prozessfähigkeit.

Die Prozessfähigkeit ist auseinander zu halten von der Parteifähigkeit. Unter letzterer versteht man die Fähigkeit, Subjekt von Rechten und rechtlichen Verpflichtungen zu sein, diese Eigenschaft kommt jedem Rechtssubjekt zu, auch dem geschäftsunfähigen. Unter Prozessfähigkeit dagegen versteht man die prozessualische Handlungsfähigkeit, die Fähigkeit, für sich oder andere, selbst oder durch selbstgewählte Vertreter rechtswirksam prozessualisch zu handeln,[1]) d. h. einen Prozess selbst zu führen oder durch einen selbstbestellten Prozessbevollmächtigten führen zu lassen.

In den §§ 51 und 52 Z. P. O. ist der Grundsatz aufgestellt, dass sich die Prozessfähigkeit einer Partei im allgemeinen nach dem bürgerlichen Recht bestimmt, die Prozessfähigkeit sich also mit der vollen Geschäftsfähigkeit deckt und dass eine nicht voll geschäftsfähige Person nur insoweit prozessfähig ist, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. Von diesem Grundsatz ist in § 612 abgewichen und die Prozessfähigkeit der Parteien dahin erweitert, dass auch ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Ehegatte, also ein minderjähriger (§§ 106, 107 B. G. B.) oder ein wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigter oder nach § 1906 B. G. B. unter vorläufige Vormundschaft gestellter (§ 114 B. G. B.) Ehegatte prozessfähig ist, mithin den Rechtsstreit selbst-

[1]) Wach, Handb. I, S. 532, 533.

ständig und ohne seinen gesetzlichen Vertreter oder Pfleger führen darf.

Bestimmend für diese, erst durch die Novelle vom Jahre 1898 geschaffene, mit § 1336 Abs. I Satz 2 des B. G. B. eng zusammenhängende Ausnahme für das gesamte Verfahren in Ehesachen überhaupt war die Erwägung, dass die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze ein Ergebnis haben würde, welches mit der höchst persönlichen Natur des Streitgegenstandes und der hieraus folgenden Notwendigkeit, dem Ehegatten selbst die Bestimmung über sein Verhalten im Rechtsstreit zuzuerkennen, in diametralen Gegensatz treten würde.

Die Prozessfähigkeit auch einem geschäftsunfähigen, d. i. einem sich in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden, nicht bloss vorübergehenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindlichen oder wegen Geisteskrankheit entmündigten (§ 104 Ziff. 2 u. 3 B. G. B.) Ehegatten zuzuerkennen, verbot sich mit Rücksicht auf die mangelnde Freiheit der Willensentschliessung von selbst.

Was die Prozessfähigkeit einer geisteskranken, jedoch nicht hiewegen entmündigten Partei anbelangt, so kommt folgendes zu bemerken. An sich ist ein Geisteskranker, der nicht unter Vormundschaft steht, ebensowohl wie ein solcher, der nach § 1906 B. G. B. unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, unbeschränkt prozessfähig. Dem Prozessgericht kann jedoch nicht zugemutet werden, sich mit einer geisteskranken Partei in eine Sachverhandlung einzulassen, umsomehr als trotz der in Ehesachen gesetzlich erforderlichen anwaltschaftlichen Vertretung das persönliche Auftreten der Partei bei der Natur des Streitgegenstandes von höchster Bedeutung ist. In diesem Falle obliegt es dem Prozessgericht, selbst festzustellen, ob die Partei als prozessfähig zu erachten ist.[1]) Massgebend für die Entscheidung ist die Feststellung, ob die Geisteskrankheit eine derartige ist, dass sie die Partei zur ordentlichen Führung des Rechtsstreites instand setzt. Das Prozessgericht kann diese Frage unter freier

[1]) R. G. in J. W. 1895, S. 378 Ziff. 1 und in J. W. 1895, S. 384 Ziff. 21.

Beweiswürdigung selbständig prüfen und ist hiebei an eine etwa vorausgegangene Entscheidung im Entmündigungsverfahren nicht gebunden. Der Feststellung des Prozessgerichts kommt rechtliche Wirkung selbstverständlich nur für den betreffenden Rechtsstreit zu. Hat das Gericht die Prozessunfähigkeit der Partei festgestellt, so hat für eine minderjährige Partei der Inhaber der elterlichen Gewalt bezw. der Vormund den Rechtsstreit zu führen, ein Volljähriger wird durch den vom Vormundschaftsgericht für ihn zu bestellenden Pfleger gemäss § 1910 Abs. II B. G. B. vertreten, bei Gefahr auf Verzug, welche bei der Herstellungsklage wohl als Seltenheit zu betrachten sein dürfte, hat der Vorsitzende des Gerichts dem nicht als prozessfähig erklärten Beklagten gemäss § 57 Abs. I einen besonderen Vertreter zu bestellen.

2. Parteivertretung.

a) Gesetzliche.

Für den geschäftsunfähigen Ehegatten wird nach § 612 Abs. II der Rechtsstreit durch den gesetzlichen Vertreter geführt.

Nachdem jedoch die Herstellung des ehelichen Lebens eine ausschliesslich die persönlichen Beziehungen der Ehegatten berührende Frage bildet und verhütet werden muss, dass die Klage missbräuchlich, insbesondere gegen den mutmasslichen Willen des geschäftsunfähigen Ehegatten erhoben wird,[1]) ist dem gesetzlichen Vertreter die Befugnis entzogen, eine Herstellungsklage für den geschäftsunfähigen Ehegatten zu erheben. Er ist lediglich berechtigt zur Vertretung eines beklagten geschäftsunfähigen Ehegatten und zur Fortführung einer von dem zur Zeit der Klageerhebung geschäftsfähig gewesenen, nunmehr aber geschäftsunfähig gewordenen Ehegatten selbst erhobenen Klage. Die Klage auf Gewährung des Unterhalts kann selbstverständlich von dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Ehegatten gegen den andern, die Herstellung des ehelichen Lebens verweigernden Ehegatten erhoben werden.[2])

[1]) Mot. z. Nov. § 573 a. — [2]) Mot. z. B. G. B. IV, S. 110.

b) Gewillkürte.

Nachdem für die Herstellungsklage die landgerichtliche Zuständigkeit gegeben ist, müssen sich die Parteien bezw. deren gesetzliche Vertreter gemäss § 78 Abs. I durch einen bei dem Prozessgericht, bei dem die Klage anhängig ist oder anhängig gemacht werden soll, zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen, der nach § 80 die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben hat. Diese Vorlage und Abgabe zu den Gerichtsakten hat erst auf vorgängige Rüge des Gegners hin, also frühestens in der ersten mündlichen Verhandlung zu erfolgen, das Gericht berücksichtigt den Mangel derselben nicht von Amtswegen.

Diese für den Anwaltsprozess überhaupt geltenden allgemeinen Bestimmungen wurden für die Herstellungsklage wie für alle Ehesachen erweitert nach zwei Richtungen hin, nämlich bezüglich des Inhalts der Vollmachtsurkunde und bezüglich der Pflicht des Gerichts zur Feststellung der Bevollmächtigung.

In ersterer Beziehung bedarf, während für den Beklagten die allgemeinen Bestimmungen gelten, der Bevollmächtigte des Klägers gemäss § 613 Satz 1 einer besonderen, auf den Rechtsstreit gerichteten Vollmacht, in der die zu erhebende Klage genau bezeichnet ist, d. h. aus dem Inhalt der Vollmacht muss klar hervorgehen, dass der Bevollmächtigte speziell zur Erhebung der Herstellungsklage oder welcher anderen Klage in Ehesachen ermächtigt ist. Durch diese Vorschrift wird der höchstpersönlichen Natur[1]) des Streitgegenstandes Rechnung getragen und in Übereinstimmung mit § 612 dem Ehegatten selbst die Bestimmung über die einzuleitenden Schritte gewahrt. Einer Aufnahme der einzelnen Klagegründe in die Vollmacht bedarf es nicht, die auf den Rechtsstreit auf Herstellung des ehelichen Lebens gerichtete Vollmacht schliesst ohne weiteres die Ermächtigung in sich, alle bezüglichen Klagegründe geltend zu machen.[2]) Das Erfordernis der Spezialvollmacht gilt auch für

[1]) Mot. z. Nov. § 573 b. — [2]) Kommiss. Ber., S. 155.

den Bevollmächtigten des Beklagten, welcher Widerklage, Berufungs- oder Revisionsklage erhebt.[1] [2])

Hinsichtlich der Pflicht des Gerichts zur Feststellung der Bevollmächtigung hat das Gesetz abweichend von dem in § 88 Abs. II ausgesprochenen Grundsatz, dass im Anwaltsprozess die Rüge des Mangels der Vollmacht dem Gegner obliegt, in § 613 Satz 2 die Vorschrift des Parteiprozesses auf den Eheprozess ausgedehnt und angeordnet, dass das Gericht und zwar jedes Gericht des ganzen Instanzenzuges den Mangel der Vollmacht von Amtswegen d. h. unabhängig von einem diesbezüglichen Antrag des Gegners zu prüfen und bei Mangel derselben den Kläger zurückzuweisen hat.[3]) Diese Vorschrift sichert die Beobachtung der in Satz 1 des § 613 getroffenen Bestimmung[4]) und erscheint umso wichtiger, als in Ehesachen auch Minderjährige und in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen prozessfähig sind.

Erfordert die Vollmachtprüfung ein eigenes Verfahren, so ist dies ein Offizialverfahren, bei welchem jede Parteidisposition ausgeschlossen ist.[5])

Wenn für das Gericht aus der sonstigen Sachlage zur Gewissheit feststeht, dass Kläger zu dem vom Bevollmächtigten gestellten Antrag Auftrag erteilt hat, so kann es von der Einforderung der Vollmacht absehen.

3. Veränderung in den Parteien.

a) Durch Tod.

Stirbt einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Urteils, so ist nach § 628 der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen. Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, dass mit dem Tod eines Ehegatten das die Grundlage und den Gegenstand des Streites bildende Rechtsverhältnis wegfällt; durch den Tod eines Ehegatten wird naturnotwendig auch die Ehe und mit ihr die eheliche Lebensgemeinschaft be-

[1]) Kommiss. Ber., S. 155. — [2]) R. G., Bd. 45, S. 419. — [3]) R. G. in J. W. 1900, S. 147, 148, Petersen in D. J. Z. 1900, S. 87. — [4]) Begr. z. Einf.-Ges. z. B. G. B., S. 80. — [5]) Birkmeyer in Busch, Zeitschr. f. z. Pr., Bd. 7, S. 179.

endigt. Deshalb wurde auch schon vor der Novelle vom Jahre 1898, welche diesbezüglich eine feste gesetzliche Grundlage schuf, allgemein angenommen, dass durch den Tod die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erledigt werde. Die Erledigung erfolgt, wenn der Tod vor der Rechtskraft des Urteils eintritt; ein vor dem Eintritt des Todes ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil erwächst demnach nicht mehr in Rechtskraft.

Die Erledigung gilt in Ansehung der Hauptsache. Bezüglich der Prozesskosten sind die überlebende Partei und der Rechtsnachfolger der verstorbenen zur Fortsetzung des Prozesses berechtigt.

b) Durch Verlust der Prozessfähigkeit.

Im Falle des Verlustes der Prozessfähigkeit durch Eintritt eines der in § 104 Z. 2 u. 3 B. G. B. festgelegten Geschäftsunfähigkeitsgründe wird der anhängige Rechtsstreit durch den gesetzlichen Vertreter fortgeführt. Letzterer ist auch zur Erhebung der Widerklage, Berufungs- und Revisionsklage befugt.

IV. Das Verfahren.

A. Das Vorverfahren.

1. Notwendigkeit des Sühneversuchs.

Im Interesse des ehelichen Friedens hat der Gesetzgeber es für notwendig erachtet, den Parteien vorher noch eine Gelegenheit zur Aussöhnung zu geben, um so womöglich die Klagestellung zu vermeiden und aus diesem Grunde der Erhebung der Klage einen und zwar in Übereinstimmung mit dem französischen Recht [1]) gerichtlichen Sühneversuch vorangehen zu lassen; [2]) er hat deshalb in § 608 die Anberaumung des Termins zur mündlichen Verhandlung von der Erfüllung der Vorschriften über den Sühneversuch abhängig gemacht. Diese Verpflichtung zum Sühneversuch erstreckt sich grundsätzlich auf jeden, der bei einem deutschen Gericht eine

[1]) *Code civil art. 238, 239*, Bad. Pr. O. §§ 1034—1036. — [2]) Entw. Begr., S. 362.

Herstellungsklage erheben will, mag nun der Kläger Ehemann oder Ehefrau sein, mag er seinen Wohnsitz bezw. Aufenthalt im Inlande oder im Auslande haben, mag er Inländer oder Ausländer sein.

Auf Widerklagen sowie auf Vorbringung neuer Klagegründe erstreckt sich diese Vorschrift gemäss § 614 Abs. II nicht.

Die Vorschrift über den vorausgegangenen Sühneversuch ist eine absolute Prozessrechtsnorm, auf deren Befolgung eine Partei nach § 295 Abs. II rechtswirksam nicht verzichten kann. Ist also infolge eines Übersehens Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt und die Klageschrift zugestellt worden, obwohl ein Sühneversuch nicht stattgefunden und das Vorliegen einer Ausnahme nach § 611 Abs. I vom Vorsitzenden nicht als gegeben angenommen worden ist, so ist die Unterlassung der Rüge durch die Partei nach § 295 Abs. I unwirksam, der Mangel ist vielmehr durch das Gericht von Amtswegen zu berücksichtigen.[1]) Der Mangel kann jedoch und zwar selbst noch in der Berufungsinstanz durch Nachholung des Sühneversuchs auf Antrag des Klägers nach Anstellung der Klage geheilt werden.[2]) Ein wesentlicher Mangel liegt nicht vor, wenn nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, der Vorsitzende sei nach § 611 ohne Nachweis des Sühneversuchs zur Terminsbestimmung berechtigt gewesen.

Unabhängig von der Vorschrift des § 608 ist das Prozessgericht berechtigt, jederzeit im Laufe des Verfahrens auf Grund des § 296 die Sühne zu wiederholen oder in den Fällen, in denen sie vor der Erhebung der Klage aus den unten aufgeführten Ausnahmegründen nicht erforderlich war, bei veränderten Umständen nachträglich vorzunehmen.[3])

2. Ausnahmen.

Ausnahmsweise ist die Nachweisung des Sühneversuchs zur Erlangung der Anberaumung des Verhandlungstermins nicht erforderlich, a) wenn der Aufenthalt der zu verklagenden

---

[1]) R. G. bei Gruchot 33, S. 119. — [2]) R. G. 18, S. 363, bei Gruchot 33, S. 118, in J. W. 1892, S. 206. — [3]) Entw. Begr., S. 363.

Partei unbekannt oder im Auslande einschliesslich der deutschen Schutzgebiete gelegen ist, b) wenn der Abhaltung des Sühneversuchs ein anderes, schwer zu beseitigendes und vom Kläger nicht verschuldetes Hindernis wie z. B. der körperliche oder geistige Zustand der Partei entgegensteht, c) wenn die Erfolglosigkeit des Sühneversuches mit Bestimmtheit, wie z. B. wegen der besonders schweren Verletzung der ehelichen Pflichten vorauszusehen ist und mithin der Sühneversuch nur leere Form wäre.

Ob eine dieser drei Voraussetzungen gegeben ist, hat der Vorsitzende des Landgerichts und zwar nicht der Präsident des Landgerichts sondern der Vorsitzende der landgerichtlichen Zivilkammer, bei welcher die Klage anhängig gemacht werden soll und die Terminsbestimmung beantragt ist, zu entscheiden. Die Fassung „Vorsitzender des Landgerichts" wurde offenbar aus dem Grunde gewählt, um den Gegensatz mit dem durch das Gesetz mit der Abhaltung des Sühneversuchs betrauten Amtsgericht hervorzuheben.

Die Entscheidung des Vorsitzenden erfolgt nach freiem Ermessen ohne vorhergängige Anhörung des Beklagten und ist dem Kläger zuzustellen. Ein förmlicher Antrag des Klägers auf Feststellung eines Ausnahmefalles ist nicht vorgeschrieben, dagegen ergibt sich aus der Natur der Sache als selbstverständlich, dass in dem Gesuch um Terminsbestimmung die Gründe anzugeben sind, aus denen der Sühneversuch unterblieben ist. Werden diese Gründe nicht stichhaltig befunden oder solche trotz des mangelnden Nachweises über stattgehabten Sühneversuch überhaupt nicht geltend gemacht, so hat der Vorsitzende das Gesuch um Terminsbestimmung zurückzuweisen. Zu einer Vorprüfung der Klagsbegründung oder der Zuständigkeit des Gerichts ist der Vorsitzende nicht befugt. Gegen die zurückweisende Entscheidung steht dem Kläger das Recht der Beschwerde nach § 567 Abs. 1 zu, dagegen ist die Terminsbestimmung durch den Vorsitzenden ohne Nachweis des Sühneversuchs nicht durch Beschwerde seitens des Beklagten anfechtbar.[1])

[1]) R. G. 18, S. 363 und bei Gruchot 26, S. 1178.

Ebenso ist das Gericht nicht berechtigt zur Nachprüfung der Richtigkeit der Entscheidung seines Vorsitzenden, es kann die Klage nicht aus dem Grunde zurückweisen, weil nach seiner Meinung den Vorschriften über den vorausgegangenen Sühneversuch nicht genügt sei; es kann nur, falls der Sühneversuch entgegen den Vorschriften der Zivilprozessordnung unterblieben ist, seinerseits diesen Mangel nachträglich heilen entweder durch Anordnung eines Sühneversuchs auf Grund der ihm aus § 296 zustehenden Befugnis[1]) oder durch Fällung einer Entscheidung dahin, der Sühneversuch sei nach § 611 nicht erforderlich gewesen.[2])

3. Sühneverfahren.

a) Zuständigkeit.

Die Zuständigkeit zur Vornahme des Sühnetermins ist in § 609 abweichend vom französischen Recht sowie vom preussischen Entwurf und der Bayer. Proz.-Ordnung, welche den Sühneversuch dem Vorsitzenden des Ehegerichts übertragen,[3]) in der Weise geregelt, dass sachlich ausschliesslich die Zuständigkeit der Amtsgerichte normiert ist und für die örtliche Zuständigkeit die Bestimmungen des § 606 Abs. I und II sinngemässe Anwendung finden. Hier kommt jedoch ein elektivkonkurrierender allgemeiner Gerichtsstand des Ehemannes vor einem ausländischen Gericht nicht in Betracht, da sich die Zuständigkeitsnorm des § 609 Abs. 1 im Gegensatz zu der des § 606 Abs. 1 nur auf inländische Gerichte erstreckt. Massgebend für die Bemessung der örtlichen Zuständigkeit sind die Verhältnisse zur Zeit des Antrages an das Gericht auf Terminsbestimmung, auch wenn sie sich nachträglich geändert haben.

Die Übertragung des Sühneverfahrens an das Amtsgericht erfolgte in der Erwägung, dass dieses einerseits den Personen und Verhältnissen näher stehe als das Landgericht,[4]) andrerseits bei der geringen räumlichen Ausdehnung der Amtsgerichts-

[1]) R. G. 18, S. 363, bei Gruchot 26, S. 1178. — [2]) R. G. in J. W. 1892, S. 205 Ziff. 8. — [3]) Entw. Begr., S. 363. — [4]) Kommiss. Prot., S. 286 ff.

sprengel für die Parteien leichter zu erreichen sei und somit die Bereitwilligkeit zum persönlichen Erscheinen fördere.

b) Antrag.

Die Beantragung des Termins hat durch den Kläger beim zuständigen Amtsgericht zu erfolgen. Eine besondere Form für den Antrag ist ebensowenig vorgeschrieben wie eine besondere Begründung desselben, er kann schriftlich erfolgen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden und soll zweckmässig die Angabe des Klagegrundes enthalten. Ein sachlicher Nachteil erwächst aus der Unterlassung dieser Angabe nicht, da ja im Sühneversuch der eheliche Zwist in seiner ganzen Vollständigkeit dem Amtsrichter zur Vermittlung där Aussöhnung unterbreitet werden soll. Gegen die Zurückweisung des Antrages ist Beschwerde nach § 567 Abs. I zulässig.

Die bisher erforderliche Ladung des Beklagten zu dem Termin durch den Kläger ist nunmehr durch die Novelle vom 1. Juni 1909 beseitigt. Ladungen durch die Parteien finden im amtsgerichtlichen Verfahren gemäss § 497 fortan nicht mehr statt, die Zustellung der Terminsbestimmung erfolgt von Amtswegen durch den Gerichtsschreiber.

Der Beobachtung der Einlassungsfrist des § 498 bedurfte es schon bisher nicht, da dieselbe für die Anberaumung des Sühnetermines nicht massgebend ist,[1]) dieselbe ist durch die Novelle vom Jahre 1909 nunmehr ebenfalls gegenstandslos geworden.

Auch die Einhaltung der dreitägigen Ladungsfrist nach § 217 ist nicht erforderlich, da sich § 217 nur auf bereits bei Gericht anhängige Sachen, nicht aber auf ein etwaiges Vorverfahren erstreckt;[2]) der Amtsrichter kann vielmehr den Termin nach seinem Ermessen entsprechend den jeweiligen besonderen Verhältnissen festsetzen, jedenfalls ist jedoch der Termin soweit hinauszurücken, dass dem Beklagten hinreichend Gelegenheit geboten ist, sich zum Erscheinen im Termine vorzubereiten, da andernfalls aus seinem Ausbleiben nicht auf seine Weigerung, sich auszusöhnen, geschlossen werden kann.

[1]) R. G. in J. W. 1883, S. 38. — [2]) Andr.-Mein. Erler, Ehescheid., § 42.

c) Wahrnehmung des Termins.

Im Termine müssen beide Parteien nach § 610 persönlich erscheinen. Die im Entwurf vorgesehene Anwendung von Zwangsmassregeln und Strafen gegen den nicht erschienenen Beklagten auf Antrag des Klägers ist beseitigt worden.[1]) Insoweit erscheint daher der Sühneversuch nur als eine Formalität. Soweit der gesetzliche Vertreter zur Prozessführung berufen ist, muss er auch hier an die Stelle der Partei treten, sein persönliches Erscheinen genügt. Prozessfähige Ehegatten müssen auch dann persönlich erscheinen, wenn sie geschäftsbeschränkt sind.

Beistände und zwar auch Rechtsanwälte können von dem den Termin wahrnehmenden Amtsrichter zurückgewiesen werden, ihre Zulassung hängt vom richterlichen Ermessen ab. Im Entwurf der Z. P. O. war die Zuziehung des Seelsorgers als unerlässlich vorgeschrieben.[2]) Nunmehr ist seitens der Justizbehörden einzelner Bundesstaaten die Benachrichtigung der zuständigen kirchlichen Behörden aller oder einzelner christlichen Bekenntnisse angeordnet.[3]) Deshalb empfiehlt sich die Angabe des Religionsbekenntnisses der beiden Ehegatten im Antrag auf Anberaumung des Sühnetermines. Trotz der erfolgten Benachrichtigung ist auch die Zurückweisung des von der Partei als Beistand zugezogenen Seelsorgers zulässig.[4])

Das Verfahren ist nicht öffentlich, da der Termin nicht vor dem erkennenden Gericht stattfindet[5]) und bezüglich des Sühneverfahrens eine bezügliche Sondervorschrift weder im § 170 G. V. G. noch in der Z. P. O. enthalten ist.

Einer Benachrichtigung des Staatsanwaltes bedarf es nur, wenn der Sühnetermin nach der Klagezustellung stattfindet.

Kommt im Termine eine Versöhnung nicht zustande oder ist der Beklagte nicht erschienen, so ist der Sühneversuch als misslungen zu erachten, das Sühneverfahren ist beendet und

[1]) Entw. Begr., S. 363. — [2]) Entw. Begr., S. 363. — [3]) Bay. Just. M. B. v. 8. IV. 1905, Preuss. Just. Min. Erl. v. 17. VIII. 79, Sächs. Gen. Verordng. v. 1. X. 79, Württbg. Min. Verf. v. 4. II. 95. — [4]) Gaupp, § 572 N. I u. 571 N. I, Seuffert, § 571 N. 4. — [5]) Petersen, § 610 Nr. 2, And. Mein. Erler, Ehescheid., § 36 S. 162 Anm. 4.

der Kläger hat nunmehr das Recht auf Festsetzung des Verhandlungstermines erlangt. Sind jedoch der Kläger oder beide Parteien im Termine nicht erschienen, so kann der Kläger einen Verhandlungstermin nicht erwirken, sondern er muss die Anberaumung eines neuen Sühnetermines beantragen. Ein Mittel zur Erzwingung des Erscheinens steht nicht zu Gebote.

d) Nachweis des Sühneverfahrens.

Der Nachweis über das stattgehabte Sühneverfahren wird vom Kläger erbracht beim Ausbleiben des Beklagten durch Vorlage des Nachweises über die erfolgte Zustellung der Terminsbekanntgabe an den Beklagten und einer Bescheinigung des Amtsrichters über das Erscheinen des Klägers, im übrigen durch Vorlage einer Abschrift des von dem zur Sühneverhandlung beizuziehenden Gerichtsschreiber über den Verlauf des Sühnetermins aufgenommenen Protokolls.

B. Einleitung des Prozesses.

1. Dispositions- und Offizialprinzip.[1])

a) Wesen derselben.

Für die Beurteilung des Charakters der Prozesseinleitung ist vor allem die Frage zu prüfen, durch wessen Willensinitiative die Tätigkeit des Gerichts ausgelöst wird. Hier sind drei Möglichkeiten gegeben:

Entweder das Gericht wird zu seinem Eingreifen durch bestimmte gesetzliche Voraussetzungen bewegt, bei deren Vorhandensein es ohne weiteren äusseren Anstoss tätig zu werden hat, oder die gesetzlichen Voraussetzungen veranlassen eine zweite Behörde zur Aufforderung an das Gericht, tätig zu werden, oder endlich das Gericht wird durch eine vom freien Willen einer Privatperson abhängige Handlung, nämlich durch die Rechtsschutzbitte zur Tätigkeit veranlasst, während es in Ermangelung einer solchen untätig bleibt. Den direkten sowie den indirekten Anstoss durch die gesetzlichen Vorbedingungen

[1]) Zum Folgd. s. Rich. Schmidt, Lehrb., 2. Aufl. §§ 70, 71.

bezeichnet man als Offizialprinzip, den von der freien Willkür der Person abhängigen als Dispositionsprinzip.

Während nun das Offizialprinzip direkt und ohne äusseren Antrieb im Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit und indirekt, nämlich auf Antrieb der Staatsanwaltschaft hin, im Strafprozess zum Ausdruck kommt, beruht der Zivilprozess ausschliesslich auf dem Dispositionsprinzip.

Wie schon die privatrechtlichen Verhältnisse an sich im allgemeinen der freien Verfügung ihrer Träger unterstellt sind, so ist auch ihre Wahrung dem freien Willen der Interessenten überlassen. Der Staat stellt die Zivilrechtspflege nur zum Schutz der Privatrechtsverhältnisse zur Verfügung und überlässt es völlig dem freien Willen der Privatrechtsubjekte, ob sie denselben, falls sie sich verletzt fühlen, anrufen wollen oder nicht. Der Grund hiefür liegt darin, dass regelmässig beim Zivilprozess kein unmittelbares öffentliches Interesse obwaltet. Die Streitsache selbst ist rein privatrechtlicher Natur, nur das Streitverhältnis, die Beziehung zwischen dem rechtpflegenden Staat und den rechtsuchenden Streitsteilen ist öffentlich-rechtlicher Natur.[1]) Dem Staat gegenüber sind die bürgerlichen Interessen gleichberechtigt, er hat vor allem die Pflicht, den bestehenden Rechtszustand zu erhalten und die Gleichheit der Bürger zu schützen, während ein einseitiges Eingreifen von Amtswegen zum Schutze der Privatrechtsbeziehung des Einen gegen den Anderen gegen diese beiden Rücksichten verstossen würde. Die Disposition der Parteien muss daher den Prozess beeinflussen.

Diese Dispositionsfreiheit ist jedoch kein zwingendes Prinzip des Zivilprozesses, sie kann sich nur insoweit erstrecken, als das Offizialinteresse des Staates dies erlaubt, sie ist nur regelmässig und insoweit am Platze, als nicht ausnahmsweise an einem Privatrechtsverhältnis ein Interesse der Gesamtheit vorliegt.

Wie nun einerseits die Tätigkeit des Gerichts im Zivilprozess von dem Parteianstoss abhängig ist, so muss andrerseits der Staat, sobald er von einem sich verletzt fühlenden

[1]) Wach, Vortr., S. 52.

Privatrechtssubjekt angerufen wird, den Rechtsschutz gewähren; die Rechtsschutzbitte genügt, um die Tätigkeit des Gerichts in Bewegung zu setzen; Bedingungen, von deren Prüfung das Gericht das Eingehen auf die Rechtsschutzbitte abhängig machen könnte, sogenannte Bedingungen des rechtlichen Gehörs sind ausgeschlossen.[1])

Die Dispositionsbefugnis der Partei äussert sich nun in der freien Verfügung über ihre Rechte im Prozess, insbesonders über den Beginn, die Fortführung und den Schluss des Verfahrens sowie über seinen Inhalt, den Gegenstand des Prozesses.[2]) Ihr gegenüber tritt das mittelbare Offizialinteresse des Staates am Zivilprozess, nämlich an der geordneten und gerechten Rechtspflege beim Zivilperozess regelmässig in die Erscheinung durch die richterliche Prozessleitung und die Urteilsfunktion.[3])

b) Beschränkung der Dispositionsbefugnis.

Wenn wir uns den besonderen rechtlichen Charakter der Herstellungsklage, insbesondere sowohl die höchstpersönliche Natur des Gegenstandes wie auch das Vorwalten des öffentlichen Interesses an seiner ungehinderten Betätigung vergegenwärtigen, so erscheint es uns nach dem Vorerörterten als selbstverständlich, dass einerseits die Anwendung des Offizialprinzips ausgeschlossen, andrerseits die Dispositionsbefugnis der Parteien wesentlich beschränkt ist. Diese Beschränkung ist wahrzunehmen bei den drei Aeusserungen der Dispositionsbefugnis.

Was zunächst den Beginn des Prozesses anlangt, so ist die Parteiwillkür sowohl in der Frage, ob der Prozess begonnen werden kann, wie in der Frage, vor welchem Gericht er begonnen werden soll, beschränkt. In ersterer Beziehung bildet der obligatorische Sühneversuch eine Art von Bedingung des rechtlichen Gehörs, in letzterer Beziehung tritt die Festlegung eines ausschliesslichen Gerichtsstandes der Parteivereinbarung entgegen.

[1]) Wach, Handb. I, S. 19 und Feststellungsanspruch 1888, Hellwig, Lehrb. I, S. 44 u. III, S. 1 ff., Hellwig, Anspruch und Klagerecht 1901, Langheinecken, Urteilsanspr. 1899, Förster, Anm. 1 zu § 253. — [2]) Wach, Vortr., S. 2. — [3]) Dagegen Kohler, Der Proz. als Rechtsverh., S. 13, Fischer, Recht u. Rechtsschutz, S. 73 f.

In der Fortführung und Beendigung des Prozesses ist die Parteibefugnis gehemmt durch das Aussetzungsrecht des Gerichts und die Beseitigung des Versäumnisverfahrens gegen den Beklagten und durch die Aufhebung der Wirkung des Anerkenntnisses. Die Disposition über den Gegenstand des Prozesses endlich ist durch die Beschränkung der Klagehäufung und der Widerklage eingeengt, dagegen erweitert durch die Zulässigkeit der Klageänderung.

2. Klage-Erhebung.[1])

Die normale Prozess-Einleitung ist die Klage oder die Bitte einer Privatperson um Rechtsschutz durch rechtskräftiges richterliches Urteil auf Grund erschöpfender Prüfung. Sie kann sowohl selbständig als auch im prozessualen Zusammenhang mit einem bereits schwebenden Verfahren seitens des Klägers erhoben werden, sie kann auch im gleichen Verfahren seitens der bereits beklagten Partei über einen ihr zustehenden Gegenanspruch als Widerklage geltend gemacht werden. Die Erhebung der Klage beruht nach § 253 im landgerichtlichen Verfahren auf dem Prinzip der Schriftlichkeit, sie erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Durch die Zustellung der Klageschrift wird nach § 263 die Streitsache rechtshängig.

Die Klageschrift muss die Bezeichnung der Prozessubjekte, des Gerichts, die bestimmte Angabe des erhobenen Anspruches nach Gegenstand und Grund sowie einen bestimmten Antrag auf Rechtsschutz und endlich die Ladung des Beklagten nebst der Aufforderung enthalten, einen beim Prozessgericht zugelassenen Anwalt zu bestellen. Ausserdem empfiehlt sich noch die Darlegung der Eheschliessung durch Vorlegung der standesamtlichen Heiratsurkunde.

Bei der Wichtigkeit von Klagegrund, Klageanspruch und Klageantrag für die weiter unten zu behandelnde Lehre von der Klageänderung soll zunächst die Bedeutung dieser Begriffe im folgenden erörtert werden.

---

[1]) Vgl. Rich. Schmidt, Lehrb., § 63.

3. Gegenstand und Grund des Anspruchs.

Was zunächst den Prozessgegenstand, in der Terminologie der Z. P. O. auch Streitgegenstand, Gegenstand der Klage, des erhobenen Anspruchs, auch Streitsache genannt, anbelangt, so versteht man darunter den Inhalt der Rechtsbehauptung, welche in der Form der Ansprucherhebung zum Zwecke der Aburteilung aufgestellt und dadurch zum Prozessgegenstand gemacht wird. Dieser Inhalt kann bei der Leistungsklage nur sein ein Anspruch auf eine gegenwärtige oder zukünftige Leistung, deren Bewirkung dem Verpflichteten durch richterliches Urteil anbefohlen werden soll. Ohne diese Behauptung, dass der Beklagte zur Leistung verpflichtet sei, ist Klage und Klageantrag nicht denkbar. Nicht minder notwendig zur Bezeichnung des Klageanspruchs ist aber auch die Behauptung, aus welchem bestimmten Schuldgrunde der Beklagte zu der Leistung verpflichtet sei, d. i. die Angabe des Klagegrundes.

Die Z. P. O. spricht in § 253 Abs. II vom „Grund des erhobenen Anspruchs", während sie an anderen Stellen (in den §§ 146, 268, 614) vom „Klagegrund" kurzweg spricht. Beide Ausdrücke bezeichnen den gleichen Begriff, wie ja die Z. P. O. auch bezüglich des in der Klageschrift enthaltenen Rechtsschutzgesuches, der Rechtsbehauptung als Grundlage des Antrags auf entsprechendes Urteil, sich bald der Bezeichnung „Klage" und bald der Bezeichnung „Anspruch" bedient und so abwechslungsweise im gleichen Sinne von der erhobenen Klage und vom erhobenen Anspruch, von der Verbindung mehrerer Klagen und von der Verbindung mehrerer Ansprüche spricht. Auch die Motive gebrauchen beide Ausdrücke im gleichen Sinne und geben gleichzeitig für beide die gleiche Definition.[1]) Der Kürze halber sei im folgenden ausschliesslich der Ausdruck „Klagegrund" angenommen.

4. Substantiierungs- und Individualisierungs-Theorie.[2])

Über den Umfang des Begriffes Klagegrund herrscht in der Wissenschaft Streit. Die eine Theorie lehrt, dass es schon

[1]) Entw. Begr., S. 182. — [2]) Vgl. Reincke § 253 N. B IIc, Petersen § 253 N. II B, Förster das. N. 3 d.

in der Klageschrift der Substantiierung des Klagegrundes bedürfe, die andere begnügt sich in der Klageschrift mit dessen Individualisierung. Die erstere Richtung folgt der gemeinrechtlichen Lehre, welche seit dem jüngsten Reichsabschied (§ 34) als den Klagegrund die Gesamtheit jener Tatsachen betrachtet, welche nach den zivilrechtlichen Grundsätzen von den Rechts-Erwerben und der Verleihung der Rechte den Anspruch erzeugt haben sollen und deshalb geeignet sind, ihn so, wie er behauptet worden ist, und namentlich in seiner Richtung gegen den Verklagten als entstanden erscheinen zu lassen,[1]) oder kürzer, als die Gesamtheit derjenigen tatsächlichen Verhältnisse, welche zur Begründung des Anspruches, wie er erhoben ist, und weiterhin zur Begründung des gestellten Antrages dienen,[2]) also mit einem Wort die Klagetatsachen *(causa remota actionis)*, der historische Klagegrund im Sinne der gemeinrechtlichen Doktrin. Dieser gemeinrechtlichen Auffassung folgt die Mehrheit der Schriftsteller, besonders Hellmann,[3]) Planck,[4]) Weismann,[5]) ferner die meisten Kommentare. Sie stützen sich dabei auf die Motive, welche unter Grund des erhobenen Anspruchs oder Klagegrund verstehen: diejenigen Tatsachen, welche nach Massgabe des bürgerlichen Rechtes an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen — die rechtsbegründenden Tatsachen.[6])

Dieser Auffassung hat sich auch die Rechtsprechung angeschlossen. Das Reichsgericht hat sie wiederholt ausdrücklich[7]) oder stillschweigend[8]) gebilligt und unter Bezugnahme auf diese Praxis in seiner Entscheidung vom 21. V. 01[9]) als Klagegrund bezeichnet: die Summe der Tatsachen, die rechtlich geeignet und erforderlich sind, den Schluss auf die Begründetheit des Klageantrages zu rechtfertigen.

Demgegenüber vertritt besonders Wach[10]) die Individualisierung des Anspruchs, die er definiert als die Bezeichnung

[1]) Wetzel, System, § 16. — [2]) Rintelen, Lehrb., § 176. — [3]) Lehrb., S. 384. — [4]) Lehrb. II, S. 36. — [5]) Lehrb. I, S. 63. — [6]) Entw. Begr., S. 182. — [7]) R. G., 10, S. 434; 11, 242; 23, 433. — [8]) R. G. 22, 389; 27, 385; 38, 87; 41, 87. — [9]) R. G. in J. W. 1901, S. 483. — [10]) Wach, Vortr., 2. Aufl., S. 20 ff.

des den konkreten Anspruch als solchen bestimmenden und von jedem anderen scheidenden Tatbestandes. Zunächst wendet er sich gegen die Motive, auf deren Autorität sich die Anhänger der Substantiierungstheorie stützen, indem er zutreffend bemerkt, dass die Motive, wenn sie dem im Gesetz verkörperten Gedanken nicht entsprechen, nicht einmal als Interpretationsmittel verwertbar sind, dass aber die Motive im gegebenen Falle schon aus dem Grunde unmöglich den gesetzgeberischen Gedanken zum Ausdruck bringen können, weil sie unlogischerweise in der Definition des Klagegrundes von anspruchverletzenden als rechtserzeugenden Tatsachen anstatt von rechtsverletzenden und damit anspruchserzeugenden Tatsachen sprechen. Wach definiert sodann den Klagegrund als das individualisierte rechtliche Verhältnis, aus welchem der Anspruch abfliesst. Dieses Verhältnis selbst erscheine als ideelles Resultat der reellen tatsächlichen Vorgänge, welche wir den Tatbestand des Rechtsverhältnisses nennen können; es sei die juristische Qualifizierung des Tatbestandes; man gebe daher ebenso sehr den Grund des Anspruches an, wenn man das Rechtsverhältnis individualisiere, als wenn man sich auf die Zergliederung des Tatbestandes einlasse.[1]) Anhänger dieser Theorie sind namentlich Eccius,[2]) Fitting,[3]) Langheineken,[4]) Hellwig,[5]) Kohler,[6]) von den Kommentatoren Seuffert,[7]) Förster-Engelmann,[8]) Reincke und Petersen-Anger.[9]) Hellwig[10]) fasst die Lehre dahin zusammen, dass der Vorschrift des § 253 Abs. II über Angabe von Grund und Gegenstand des Anspruchs genügt wird, wenn das konkrete Rechtsverhältnis, das der Kläger zum Gegenstand des Prozesses macht und wegen dessen er Rechtsschutz nachsucht, also die *causa proxima actionis* der Römer und der älteren gemeinrechtlichen Doktrin, der juristische Klagegrund, so bestimmt bezeichnet ist, dass es von anderen Rechtsindividuen mit Sicherheit unterschieden werden kann, sodass kein Zweifel darüber besteht, welches Recht oder sonstiges

[1]) Wach, Vortr., S. 23. — [2]) Pr. Pr. I § 50[10] f. — [3]) § 47. — [4]) Urteilsanspr., S. 51 f. — [5]) Lehrb. I, S. 189 f. und Anspr. u. Klagerecht, 58 f. — [6]) Ziv. Pr. u. Konk. Recht, § 50 in Holtz. Enzykl. — [7]) N. 4 A IV zu § 253 u. N. 1a zu § 268. — [8]) N. 3d zu § 253. — [9]) N. 9 zu † 253. — [10]) Lehrb. III, S. 15.

Rechtsverhältnis zum Gegenstand der Aburteilung gemacht ist. Zur Begründung stützt sich Hellwig auf den Zweck, dem die Klageschrift im heutigen Prozess zu dienen hat, nämlich: die Grundlage nur für den Prozess, nicht für die Entscheidung zu bestimmen, nachdem die gemeinrechtliche Prüfung der Schlüssigkeit und Zulässigkeit der Klage sowie verneinendenfalls die Abweisung *a limine* vor der Verfügung der Klagemitteilung an Beklagten dem nunmehrigen Prozessrecht fremd ist. Nach dem heutigen Recht bezweckt die Klagezustellung lediglich die Herbeiführung der Rechtshängigkeit der Streitsache. Sie muss also, so folgert Hellwig weiter, die Subjekte des Prozessverhältnisses und den Prozessgegenstand so bezeichnen, dass die Wirkungen der Rechtshängigkeit personell und gegenständlich fest bestimmt sind, dass gegen den Kläger, falls er ausbleibt, ein die Klage zurückweisendes Versäumnisurteil ergehen kann und dass der Umfang der Rechtskraft nicht zweifelhaft ist, falls das Urteil über die Klage, so wie sie erhoben ist, ergeht. Nicht weniger und nicht mehr müsse die Klage enthalten. Sollte sie mehr enthalten müssen, so bedürfte es einer besonderen Gesetzesvorschrift, eine solche fehle jedoch.

Zwischen diesen beiden Lehren sucht eine dritte Richtung zu vermitteln, die weder eine Substantiierung noch eine Individualisierung des Anspruches, sondern die Individualisierung des Anspruchs-Grundes verlangt. Nicht nur der Anspruch, das abzuurteilende Privatrecht, sondern zugleich der wesentliche rechtsbegründende Tatbestand soll angeführt werden und zwar nicht nur das historische Ereignis sondern auch dessen juristische Qualifikation. So Rich. Schmidt in der 2. Auflage seines Lehrbuchs.[1]) Anhänger dieser Richtung sind ferner Gaupp-Stein,[2]) Rümelin,[3]) Weismann.[4]) Auch Schmidt[5]) verlangt gleich den Anhängern der Individualisierungstheorie nicht die Angabe aller einzelnen vom Kläger zu beweisenden Klagetatsachen, er kommt gleichfalls aus dem Zweck, dem die Klage dienen soll, zur Schlussfolgerung, dass dieser Zweck erfüllt wird, wenn nur soviel in der Klageschrift angegeben wird, dass

[1]) S. 392. — [2]) Zu § 253. — [3]) Arch. f. z. Pr. 1888, S. 147. — [4]) S. 63. — [5]) S. 390 ff.

der Anspruch von anderen Ansprüchen der gleichen Personen und eventuell ähnlichen Gegenstandes unterschieden werden, also in seiner individuellen Natur erkannt werden kann. Allein im Interesse eines geordneten Überblicks über den künftigen Prozess fordert er die Aufnahme des Tatbestandes, auf den der Kläger sein Klagerecht zu stützen beabsichtigt, in die Klageschrift, jedoch nicht in der genauen Angabe aller substantiierenden Einzeltatsachen wie im vorbereitenden Schriftsatz, sondern in der Bezugnahme auf die Begebenheit, das historische Ereignis, welches vorwiegend den Gegenstand des Beweises zur Prüfung des Klagerechts zu bilden hat. Er verlangt also im Grunde genommen immerhin eine wenn auch unvollkommene Substantiierung. Er begründet dies damit, dass nach der Änderung, welche die Novelle vom Jahre 1898 bezüglich der Klage-Änderung eingeführt hat, jetzt deutlicher als früher der Zweck des Verbots der Klage-Änderung ersichtlich sei, nämlich die Verhinderung des Klägers am Wechsel seiner Angriffsmittel. Anhänger dieser gemässigten Substantiierungstheorie, die sich doch wenigstens von dem Formalismus der in den Motiven enthaltenen Begriffsbestimmung fernhält, sind auch Planck[1]) und Wilmowski-Levy.[2])

Wenn wir nun die einschlägigen Stellen der Z. P. O. selbst näher ins Auge fassen, gelangen wir zu folgendem Ergebnis. § 253 führt in Abs. II jene wesentlichen Bestandteile der Klageschrift erschöpfend auf, welche sie als Klageschrift enthalten muss, deren Mangel die Abweisung der Klage zur Folge hat. Im Gegensatz zu dieser zwingenden Vorschrift empfiehlt § 130, dessen Anwendung durch Abs. IV des § 253 auf die Klageschrift ausgedehnt wurde, in Ziff. 3 die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden tatsächlichen Verhältnisse nur unter dem Gesichtspunkt des vorbereitenden Schriftsatzes und nur instruktionell und ohne an eine Ausserachtlassung dieser Anweisung Rechtsnachteile in der Sache selbst zu knüpfen. Die Angabe der zur Begründung dienenden tatsächlichen Verhältnisse, die sogenannte Geschichtserzählung, kann demnach bei der mündlichen Verhandlung nachgeholt

[1]) Planck, Bd. II, S. 24. — [2]) Wilm.-Levy, § 230 N. 5.

werden. Des weiteren erklärt § 268 Ziff. 1 eine nachträgliche Ergänzung oder Berichtigung der tatsächlichen Anführungen, soweit eine solche ohne Änderung des Klagegrundes geschehen kann, ausdrücklich für statthaft. Wären nun unter dem Grunde des erhobenen Anspruchs in § 253 die zur Begründung der Klage erforderlichen Tatsachen zu verstehen, so würde die Vorschrift in § 268 Ziff. 1 der praktischen Bedeutung entbehren; denn dass der § 268 eine Abänderung des § 253 bezweckt, ist nicht anzunehmen, er will und kann vielmehr nur eine Ergänzung dieser Gesetzesstelle bezwecken. Auch hieraus folgt die Zulässigkeit der Nachbringung der tatsächlichen Anführungen. Endlich bestimmt § 272, dass jede Partei dem Gegner solche tatsächliche Behauptungen, auf die er voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung mittels vorbereitenden Schriftsatzes mitzuteilen hat. Demnach ist die Vorbringung tatsächlicher Behauptungen, auf die der Gegner unvorbereitet eine Erklärung abzugeben vermag, ohne jede vorherige schriftliche Niederlegung, weder in einem vorbereitenden Schriftsatz noch in der Klageschrift, lediglich auf dem Wege des mündlichen Vortrags zulässig. Daraus folgt, dass Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruches etwas anderes sein müssen als die sogenannten rechtsbegründenden Tatsachen und dass in der Klageschrift die Tatsachen, aus denen das den Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruches bildende Rechtsverhältnis erhellt, nur insoweit Aufnahme finden müssen, als sie zur Bezeichnung des Rechtsverhältnisses notwendig sind und als ohne sie der erhobene Anspruch von jedem anderen Anspruch nicht unterscheidbar ist.

Was endlich die von den Anhängern der Substantiierungstheorie als Stütze für ihre Ansicht in Anspruch genommene gemeinrechtliche Lehre anbelangt, so darf nicht verkannt werden, dass das gemeine Prozessrecht auf ganz anderen Prinzipien beruht als der deutsche Zivilprozess. Dort rechtfertigte der Grundsatz des schriftlichen Verfahrens und der Eventualmaxime sowie das gemeinrechtliche Kontumazialprinzip das Gebot der Aufnahme aller Entstehungstatsachen des klägerischen Anspruches in die Klageschrift, um einerseits in die

detaillierte Klagebeantwortung eintreten, andrerseits den Beweisinterlokut im Falle der beklagtischen Passivität abfassen zu können,[1]) hier entspricht dem Grundsatz der Mündlichkeit des Verfahrens ohne Eventualmaxime lediglich die Forderung einer genauen Bezeichnung des konkreten, die Quelle des erhobenen Anspruches bildenden Rechtsverhältnisses in der Klageschrift, während die Vorbringung der zur Begründung des Anspruches dienenden Tatsachen der mündlichen Verhandlung zugewiesen wird.

Bei der immerhin vorhandenen, wenn auch nicht fundamentalen[2]) Bedeutung der Rückkehr von dem römisch-kanonischen Grundsatz der Schriftlichkeit des gemeinrechtlichen Prozesses zu dem nationalen Prinzip des mündlichen Verfahrens im altgemanischen Prozess darf man wohl annehmen, dass der Gesetzgeber das eine Abschwächung des Prinzips der Mündlichkeit enthaltende Gebot der Substantiierung im Gesetz deutlich zum Ausdruck gebracht hätte. Damit dürfte die Richtigkeit der Individualisierungstheorie überzeugend nachgewiesen sein.

Was die Anwendung der Frage auf die Praxis anlangt, so empfiehlt es sich, die Klagetatsachen im eigensten Interesse der Partei möglichst substantiiert in die Klageschrift aufzunehmen und so den Nebenzweck, dem die Klageschrift als vorbereitender Schriftsatz dienen kann, auszunützen und durch möglichst sorgfältige wechselseitige Information der Parteien und des Gerichts für eine entsprechende Vorbereitung der mündlichen Verhandlung Sorge zu tragen und der Gefahr vorzubeugen, dass durch eignes Verschulden eine amtliche Vertagung der Verhandlung und Kostenstrafe gemäss § 95 Z. P. O. und § 48 G. Kost. G. herbeigeführt wird.[3])

Für die Frage, ob eine Änderung des Klagegrundes vorliegt, ergibt sich aus vorstehender Erörterung die Konsequenz, dass nach Ansicht der Substantiierungstheorie eine solche gegeben ist, sobald nachträglich Tatsachen, mit deren Anführung ein anderer Entstehungsgrund für den erhobenen Anspruch behauptet wird, vorgebracht werden, während wir der Individualisierungstheorie folgend erst die Behauptung eines anderen

[1]) Wach, Vortr., S. 20. — [2]) Ebenda S. 1. — [3]) Ebenda S. 30.

Rechtsverhältnisses, aus dem der Anspruch abfliesst, als eine Änderung des Klagegrundes betrachten, während die Anführung von neuen (auch neu entstandenen) Tatsachen zulässig ist, solange es sich um dasselbe Rechtsverhältnis handelt.

5. Konzentrierung der Ehesachen.

a) Allgemeines.

Die Z. P. O. will einer Vervielfältigung von Eheprozessen nach Möglichkeit vorbeugen und den Bestand der Ehe, sobald er nach irgend einer Richtung zur Klage gestellt ist, sofort in seiner Gesamtheit zur Entscheidung bringen,[1]) sie will insbesondere verhüten, dass ein erfolglos gebliebener Rechtsstreit auf Grund von Tatsachen erneuert wird, welche in dem früheren Prozess zurückgehalten worden sind.[2]) Dementsprechend setzt sie die Parteien instand, das ihnen zur Verfügung stehende Material mit einem Male vollständig geltend zu machen, indem sie in § 614 das Verbot der Klageänderung aufhebt und in § 615 die Verbindung bestimmter Arten von Eheprozessen gestattet.

b) Klageänderung.

Das Schriftlichkeitsprinzip, auf dem die Klageerhebung im landgerichtlichen Verfahren beruht, führt in seiner Anwendung zum Erlass des Klageänderungsverbots nach § 264, der nach Eintritt der Rechtshängigkeit jede Änderung der Klage insoweit ausschliesst, als der Beklagte seine Einwilligung versagt oder durch die Klageänderung die Verteidigung des Beklagten wesentlich erschwert wird.

Dieses Verbot der Klageänderung erstreckt sich nicht nur auf die Änderung des Klageanspruchs sondern, wie bereits früher ausgeführt, auch auf die Änderung der Klagegründe d. h. des dem geltend gemachten Anspruch zu Grunde liegenden speziellen Rechtsverhältnisses und der für die individuelle Bezeichnung desselben notwendigen Klagetatsachen. Wenn diese Absicht des Gesetzgebers zwar in § 264, der nur von der Änderung der Klage spricht, nicht klar und deutlich zum

[1]) Reincke, Vorbem. z. §§ 614—616. — [2]) Entw. Begr., S. 364.

Ausdruck gelangt ist, so folgt sie doch einmal aus der unzweideutigen Fassung des § 268, der die dort aufgeführten Klageberichtigungen, Erweiterungen oder Beschränkungen nur insoweit zulässig erklärt, als sie „ohne eine Änderung des Klagegrundes“ erfolgen, zum andern aus § 614, der direkt von der Änderung der Klagegründe spricht.

Abweichend von der Regel des § 268 können nun in Ehesachen nach § 614 bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht (Schlussverhandlung), andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe unbeschränkt geltend gemacht werden. Im Falle der Erlassung eines bedingten Endurteils ist die Möglichkeit der Klageänderung mit der Rechtskraft dieses Urteils ausgeschlossen; denn in der dem darauffolgenden Läuterungsurteil noch vorangehenden mündlichen Verhandlung wird nur über das Ergebnis der Beweisaufnahme d. h. darüber, ob der Eid vorschriftsmässig geleistet wurde und welche von dem bedingten Endurteil bereits festgestellten Folgen demgemäss auszusprechen sind, verhandelt, der Schluss jener mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, ist also in diesem Falle mit der Rechtskraft des bedingten Endurteils gegeben.[1])

Aus dem oben über die Klageänderung im allgemeinen Vorausgeschickten ergibt sich umgekehrt, dass in Ehesachen selbstverständlich nicht nur neue Klagegründe vorgetragen werden dürfen, sondern dass Kläger auch berechtigt ist, den diesem neuen Klagegrund entsprechenden Antrag zu stellen. Für diese Zulässigkeit spricht auch der Zweck der Vorschrift, nämlich die Verhütung der Vervielfältigung von Eheprozessen, und ihr enger Zusammenhang mit § 615, der den nach § 614 möglichen Übergang von einer Eheklage zur andern zu einer Verbindung dieser Klagen erweitert.

Die Zulässigkeit der Klageänderung gilt auch für die zweite Instanz; die nach §§ 527 und 529 Abs. II zur Klageänderung in der Berufungsinstanz erforderliche Einwilligung des Gegners ist also in diesem Falle nicht Voraussetzung.

[1]) R. G. 2. VII. 95 in Frankf. Rundschau 1895, S. 111, O. L. Rostock 26. V. 97 in Meckl. Z., Bd. 16, S. 203 ff.

Die Annahme der Geltung des § 614 auch in der Berufungsinstanz und zwar sowohl was die Ausschliessung des § 527 wie des § 529 Abs. II anlangt, gründet sich einmal auf die allgemeine Fassung dieses Paragraphen und seinen Zusammenhang mit den §§ 615 und 616, weiters darauf, dass alle Vorschriften über das Verfahren in Ehesachen, soweit nicht besondere Beschränkungen ausgesprochen sind, auch für die Berufungsinstanz Geltung haben, endlich und zumeist darauf, dass nach § 626 die nachträgliche Beibringung von Verteidigungsmitteln in der Berufungsinstanz statthaft ist und als Folge hieraus die Möglichkeit gegeben sein muss, das diesen nachträglich vorgebrachten Verteidigungsmitteln entsprechende Begehren stellen zu können. Diese Annahme ist auch, was den Ausschluss des § 527 betrifft, in der Kommission des Reichstags von einem Vertreter der Bundesregierungen ohne Widerspruch geltend gemacht [1]) und von der Rechtsprechung [2]) ständig festgehalten worden. Bezüglich des § 529 war die Rechtsprechung früher schwankend,[3]) seine Ausschliessung durch § 614 auch in der Berufungsinstanz ist jedoch nunmehr durch den Beschluss der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 12. Juni 1893 [4]) endgültig festgestellt.

Trotz der Zulässigkeit der Klageänderung in der Berufungsinstanz empfiehlt sich jedoch die Vorbringung aller zulässigen Klagegründe sogleich in erster Instanz, um keine Instanz zu verlieren. In der Revisionsinstanz ist die Klageänderung nicht mehr zulässig, nachdem sie der Natur dieses Rechtsmittels, welches unter Ausschluss der Zulässigkeit tatsächlicher Feststellungen nur die rechtliche Würdigung der Sache gestattet, widerstreiten würde.[5])

Die Zulässigkeit der Klageänderung ermöglicht die Umfassung aller zur Zeit der Entscheidung vorhandenen Tatsachen durch die einmal gestellte Klage und hat zur Folge, dass durch die Erhebung einer einzigen der drei in § 615 bezeichneten Eheklagen und aus einem einzigen Klagegrunde der volle Ehebestand rechtshängig wird.[6]) Ob Kläger von diesen

[1]) Komm. Prot., S. 601. — [2]) R. G. 5, 378, 8, 350; 9, 393; 11, 354; 15, 288; 25, 339; 42, 412; 49, 396; Bay. O. L. bei Seuff. 37 Nr. 352. — [3]) R. G. 8, 351; 11, 353; 23, 334. — [4]) R. G. 31, 9. — [5]) R. G. in J. W. 1896, S. 149, Ziff. 17. — [6]) R. G. 19, 410.

Tatsachen schon zur Zeit der Klageerhebung Kenntnis hatte, ist belanglos.[1]) Auch der Beklagte, der mittels Widerklage auf eine Scheidungs- oder Anfechtungsklage die Herstellung des ehelichen Lebens verlangt, kann zu ihrer Begründung sich ebenfalls nachträglich neuer Klagegründe bedienen. Ob der neue Klagegrund an die Stelle des ursprünglichen gesetzt oder neben ihm geltend gemacht wird, ist gleichgültig, ebenso auch, ob die Tatsache sich schon vor der Klageerhebung oder erst nachher zugetragen hat.[1]) In gleicher Weise ist auch die Vorbringung neuer Widerklagegründe gestattet.

Aus der unbeschränkten Zulässigkeit der Klageänderung sowie aus dem Bestreben des Gesetzgebers, der materiellen Wahrheit möglichst gerecht zu werden, lässt sich folgern, dass von der regelmässigen Voraussetzung des Rechtsmittels, dass der Berufungskläger irgendwie beschwert sei, abzusehen und auch ein Kläger, dessen erstinstanziellem Antrage voll entsprochen ist, behufs Stellung anderweitiger Anträge als zur Einlegung des Rechtsmittels befugt zu erachten ist.[2])

Der Wiederholung des Sühneversuchs im Falle der Klageänderung oder der Erhebung der Widerklage bedarf es nach § 614 Abs. II nicht und zwar mit Rücksicht darauf, dass durch die Erhebung der Herstellungsklage wie überhaupt jeder Klage in Ehesachen alle *causae separationis* als *in judicium* deduziert anzusehen sind und sich der Sühneversuch daher auf die ehelichen Verhältnisse in ihrer Totalität bezieht.[3]) Mit Rücksicht hierauf ist es gleichgültig, ob die neuen Klagegründe zur Zeit des Sühneversuchs schon vorhanden und der Partei bekannt waren. Wenn die Änderung des Klagegrundes nicht von der Wiederholung des Sühneversuchs abhängig ist, so gilt dies folgerichtig auch dann, wenn Kläger entsprechend dem neuen Klagegrund sein Klagebegehren geändert hat und zu einer anderen Klage übergegangen ist.

c. Klagehäufung.

In der Klagehäufung unterscheidet man eine subjektive, nämlich eine Verbindung mehrerer Rechtsschutzbegehren, welche

[1]) R. G. in J. W. 1896, S. 149 Ziff. 18. — [2]) Reincke, Anm. 3 zu § 614; R. G. 27, S. 371 u. in J. W. 1895, S. 520, 1896, S. 320. — [3]) Entw. Begr., S. 364.

von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte in einem gemeinsamen Prozess geltend gemacht werden, Streitgenossenschaft genannt, und eine objektive Klagehäufung, eine Verbindung mehrerer Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten, Klagenkumulation genannt. Beide haben ihren Vorteil insbesondere darin, dass sie eine übereinstimmende Beurteilung der den verbundenen Prozessen gemeinsamen oder gleichartigen Streitpunkte garantieren.[1])

Die erstere bleibt bei dem monogamischen Charakter der Ehe für die Herstellungsklage ausser Betracht, die letztere ist bei der Herstellungsklage durch § 615 abweichend von den Vorschriften des § 260 und zwar aus dem gleichen gesetzgeberischem Motive wie bei der Klageänderung und insoferne geregelt, als durch § 615 die Verbindung der Herstellungs- mit der Scheidungs- und Anfechtungsklage gestattet wird. Die Verbindungsbefugnis steht dem Kläger bis zur Erlassung des Endurteils zu, muss also nicht bereits in der Klage erfolgen,[2]) sie steht ihm in gleicher Weise für die erste Instanz wie für die Berufungsinstanz, nicht aber für die Revisionsinstanz zu. Soferne den verbundenen Klagen ein gemeinsamer Tatbestand zu Grunde liegt, kann die Verbindung der Klagen zu einer Vermischung ihrer Grundlagen führen, nichtsdestoweniger sind jedoch getrennte Klageanträge zu stellen.

Wie der Kläger mit der Herstellungsklage eine andere Klage der bezeichneten Art verbinden kann, so kann auch der Beklagte jede der bezeichneten Klagen als Widerklage erheben; beide Parteien sind in Ansehung der Erhebung dieser Klagen gleichgestellt.[3])

Die Verbindung einer anderen Klage mit den bezeichneten drei Klagen sowie die Erhebung einer Widerklage anderer Art ist nach Abs. II des § 615 ausdrücklich ausgeschlossen und zwar, soweit es sich um den Ausschluss der Nichtigkeits- und der Feststellungsklage handelt, aus der Natur dieser beiden Klagen und ihrer engen Zusammengehörigkeit, soweit alle anderen Klagen in Betracht kommen, mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Prozessart. Dies gilt insbesondere auch von

[1]) Entw. Begr., S. 171. — [2]) R. G. 31, S. 14. — [3]) R. G. 31, S. 16.

der Klage wegen der vermögensrechtlichen Folgen der Trennung einer Ehe oder des Unterhaltes im Falle der Verweigerung der Herstellung des ehelichen Lebens.

Die Verbindung der Herstellungs- mit der Scheidungs- oder Anfechtungsklage wäre zwar theoretisch ohne weiteres gestattet, jedoch praktisch ist sie wegen der sich widerstreitenden Klagebegehren nur in der Weise möglich und gestattet, dass nicht gleichzeitig auf Herstellung und Anfechtung oder Scheidung, es sei denn, dass es sich um den Scheidungsgrund der böslichen Verlassung handelt, geklagt wird, sondern dass die Herstellung vorsorglich für den Fall der Abweisung der Anfechtungs- oder Scheidungsklage, bei letzterer auch in umgekehrter Reihenfolge begehrt wird.[1])

Da jede der drei bezeichneten Klagen den gesamten, auf den Bestand der Ehe bezüglichen Streitstoff umfasst, begründet die Rechtshängigkeit einer dieser Klagen gleichzeitig die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber den beiden anderen Klagen.[2]) Demgemäss darf auch die Herstellungsklage nicht gesondert erhoben werden, wenn bereits eine Scheidungs- oder Anfechtungsklage anhängig ist und zwar selbst dann nicht, wenn die Klage nicht von demselben Kläger sondern von demselben Beklagten erhoben wird, letzterer muss vielmehr Widerklage erheben. Die Rechtshängigkeit ist von Amtswegen zu berücksichtigen.[3]) Die Nichtbeachtung des Verbots führt zur Zurückweisung der der Herstellungsklage unzulässigerweise hinzugefügten Klage als in dem eingeleiteten Verfahren unzulässig.

Wenn auch das Gesetz in § 616, der den Kläger zur Benützung der in § 615 erteilten Klagehäufungsbefugnis wenigstens hinsichtlich der Scheidungs- und der Anfechtungsklage bei Meidung des Ausschlusses der neuen Scheidungs- oder Anfechtungsklage im Falle der Abweisung zwingt, hiebei der Herstellungsklage nicht erwähnt, so hat dies darin seinen Grund, dass dem mit der Scheidungs- oder Anfechtungsklage abgewiesenen Kläger das Recht gewahrt werden sollte, nun-

[1]) Entsch. d. O. L. Rostock 18. V. 93 bei Seuffert 49, S. 479. — [2]) Petersen § 615 N. 3; Gaupp das. N. II., And. Mein. Seuff. das. N. 3. [3]) R. G. 5, S. 166, 377, 415.

mehr die Herstellung des ehelichen Lebens zu begehren:[1]) dies ändert jedoch nichts an dem aus dem Verhältnis zwischen den drei genannten Klagen sich ergebenden Umfang der Rechtshängigkeit.

Gegen etwaige aus der Klageverbindung sich ergebende Unzuträglichkeiten schützt das Recht des Gerichts, gemäss § 146 eine Trennung der Verhandlung eintreten zu lassen.[2])

C. Kontradiktorische Verhandlung.

1. Form der Verhandlung, Termine und Ladungen.

a) Form der Verhandlung.

Mit Rücksicht auf die höchstpersönliche Natur des Klageanspruchs ist nach § 140 Abs. II G. V. G. der Ausschluss der Öffentlichkeit des Verfahrens in allen Ehesachen auf Antrag der Parteien zu verfügen; die Angabe, ob öffentlich verhandelt wird oder die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist, ist gemäss § 159 Ziff. 5 in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen.

b) Termine.

Die Gewährung des Verhandlungstermins ist, wie schon an anderer Stelle hervorgehoben, von dem Nachweis des Sühneverfahrens abhängig. Bezüglich der Anberaumung des Termins selbst ist, um einer Übereilung der Parteien tunlichst entgegen zu wirken, nach § 618 Abs. I die Anwendung des § 261 Abs. II, welcher eine Beschleunigung des Verfahrens bezweckt, als nicht angemessen ausgeschlossen; der Vorsitzende ist nicht gehalten, den Verhandlungstermin alsbald nach Ablauf der Einlassungsfrist anzuberaumen, sondern zur Hinausrückung des Termins nach seinem Ermessen befugt.

c. Ladungen.

Nach § 618 Abs. III ist der Beklagte zu jedem Termine, welcher nicht in seiner Gegenwart anberaumt wurde, zu laden. Die Ladung erfolgt nicht von Amtswegen sondern nach § 214

[1]) Komm. Prot., S. 291, 292, 601, 602. — [2]) Entw. Begr., S. 364, R. G. 5, S. 380, Löning bei Busch Zeitschr. 4, S. 11.

durch den Kläger. Ist die Verkündigung der Terminsanberaumung in Anwesenheit des Beklagten erfolgt, so ersetzt diese nach § 218 die Ladung; war er bei der Verkündigung nicht anwesend, so genügt die Verkündigung nicht sondern muss seine Ladung erfolgen. Diese Abweichung von § 218 rechtfertigt sich aus der höchstpersönlichen Natur des Streitgegenstandes. Eine Ausnahme findet nach § 618 Abs. IV nur statt, wenn der Beklagte zu dem ersten Verhandlungstermine durch öffentliche Zustellung geladen war, aber nicht erschienen ist. In diesem Falle rechtfertigen die Voraussetzungen des § 203 die Unterlassung der Ladung.

2. Verhandlungs- und Untersuchungsprinzip.

a) Das Verhandlungsprinzip in seinem Verhältnis zum Dispositionsprinzip.

Während das Dispositionsprinzip, wie oben gezeigt, sich mit der Frage befasst, inwieweit die Prozesseinleitung und Fortführung sowie der Gegenstand des Rechtsstreites der ausschliesslichen Verfügung der Parteien anheim zu geben sind, erstreckt sich das Verhandlungsprinzip auf die Frage, inwieweit die Verantwortlichkeit für die Beschaffung des Tatsachenstoffes den Parteien zu überbürden ist. Im ersteren Falle handelt es sich darum, ob ein Rechtsanspruch durch das Gericht überhaupt geprüft und durch wen die Tätigkeit des Gerichts hiebei ausgelöst werden soll, ob durch den Staat oder die Partei, im zweiten Falle darum, welches Tatsachenmaterial der richterlichen Prüfung unterstellt und von wem es beschafft werden soll, ob vom Gericht oder von den Parteien. Das Dispositionsprinzip findet also seinen Gegensatz in der Aktivität des Staates oder im Offizialprinzip, das Verhandlungsprinzip dagegen steht der Aktivität des Gerichts in der Stoffbeschaffung oder dem Untersuchungsprinzip gegenüber.

Beide Grundfragen haben lediglich das eine gemein, den Umfang der Beteiligung der Parteien hiebei festzustellen, im übrigen sind sie völlig unabhängig von einander und folglich getrennt zu halten. Dies geht schon daraus hervor, dass das Offizialprinzip keineswegs notwendig auch die Untersuchungs-

form des Verfahrens erfordert sondern ganz wohl auch mit der Verhandlungsform vereinbar ist.[1])

b) Verhandlungs- und Untersuchungsprinzip.

Für die Frage, wem die Verantwortlichkeit für die Aufklärung des Sachverhaltes zu überbürden sei, ist eine doppelte Lösung möglich.

Nachdem das Gericht nur im Interesse der Privatrechte der Parteien tätig wird und bei der kontradiktorischen Form der Verhandlung beide Parteien hinreichend Gelegenheit haben, über das Tatsachenmaterial sich zu äussern, Behauptungen aufzustellen sowie Erklärungen über die gegnerischen Behauptungen abzugeben und die Beweismittel für diese Behauptungen zu bezeichnen, so kann die alleinige Fürsorge für die Stoffbeschaffung vom Gesetzgeber unbedenklich den Parteien überlassen werden. Hiedurch würde das Gericht in die Lage versetzt, nur jene Tatsachen und Beweismittel für seine Entscheidung zu benützen, welche von den Parteien vorgebracht werden. Damit wäre die Verhandlung d. h. das von den Parteien Vorgebrachte zur Grundlage der Beweismittelbeschaffung erklärt, mit anderen Worten die Stoffbeschaffung würde auf der Parteiverantwortlichkeit oder auf dem Verhandlungsprinzip beruhen.

Andrerseits kann der Gesetzgeber aber auch von dem Gedanken ausgehen, dass das Gericht, sobald es einmal um Privatrechtsschutz angerufen ist, dafür zu sorgen hat, dass es die nötigen Unterlagen für die Bildung des Urteils gewinnt. In diesem Falle müsste das Gericht selbsttätig Tatsachen und Beweismittel heranziehen, die Parteiverhandlung würde lediglich die Anregung und Unterstützung für die richterliche Stoffsammlung bieten, der Stoffsammlungsbetrieb würde alsdann auf dem Prinzip der Richterverantwortlichkeit oder auf dem Untersuchungsprinzip beruhen.

c) Verhandlungs- oder Untersuchungsprinzip.

Weder das eine noch das andere Prinzip wird durch die Natur des Zivilprozesses mit zwingender Notwendigkeit ge-

[1]) Heinze in Goldammers Archiv f. Dtsch. u. Preuss. Strafrecht, Bd. 24, S. 268 ff., 300 ff., Birkmeyer in Busch Zeitschr., Bd. 7, S. 37 u. 61.

fordert, der Gesetzgeber hat sich folglich für dasjenige zu entscheiden, welches für die gründliche und schleunige Aufklärung des Sachverhaltes am zweckmässigsten erscheint. Die Berechtigung eines jeden der beiden Prinzipien beruht also auf seinen mehr oder weniger günstigen Wirkungen auf die Stoffsammlung und demgemäss darf jedes nur insoweit anerkannt werden, als es sich für die Stoffsammlung förderlich erweist. Beide Prinzipien schliessen sich also gegenseitig nicht aus, ihre Verbindung durch Verteilung der Verantwortlichkeit zwischen Partei und Gericht ist zulässig, der Gesetzgeber kann für die Beschaffung einzelner Teile des Stoffes das Verhandlungsprinzip und für diejenige anderer Teile das Untersuchungsprinzip zur Anwendung bringen.

Die Zivilprozessordnung führt die Kombinierung beider Grundsätze durch, indem sie für die Tatsachenstoffsammlung regelmässig das Verhandlungsprinzip, für die Beschaffung der Rechts- und Erfahrungssätze das Untersuchungsprinzip anerkennt. Diese Anerkennung erfolgt allerdings nicht ausdrücklich und allgemein sondern nur in einzelnen Konsequenzen und in der Weise, dass sie die einzelnen Ausflüsse des Untersuchungsprinzips ausdrücklich ausspricht.

d) Anwendung auf die Herstellungsklage.

Im alten § 577 ist in Anlehnung an den preussischen und norddeutschen Entwurf in allen Ehesachen das Verhandlungsprinzip gänzlich fallen gelassen und zwar aus dem Grunde, weil das Verhandlungsprinzip den Fortbestand der Ehe und bezw. des ehelichen Lebens der Parteiwillkür unterworfen würde und weil in manchen Fällen mangelnder Widerstreit der Interessen der Parteien die Besorgnis von Kollusionen erweckt, die zu groben Missbräuchen führen könnten.[1]) Die Novelle vom Jahre 1898 stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt der alten Preuss. Verordnung vom 28. Juni 1844[2]) sowie der Bayer. Prozessordnung,[3]) dass nämlich in solchen Fällen das öffentliche Interesse nicht weiter gehe als zu ver-

[1]) Entw. Begr., S. 365. — [2]) §§ 40, 43, 44, 47 dortselbst. — [3]) Art. 667, 669 daselbst.

hüten, dass jene Vorschriften zum Nachteile des Ehebestandes verwertet würden.[1]) Demgemäss wurde nur insoweit, als es sich um Tatsachen handelt, welche das Recht, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, begründen sollen, die Anwendbarkeit des Verhandlungsprinzips durch § 617 Abs. II beschränkt und insoweit sowohl die Tatsachenprüfung von Amtswegen wie die Beweismittelerhebung von Amtswegen durch § 622 Abs. I eingeführt und die Aufklärungspflicht des Gerichts durch § 619 erweitert.

3. Beweisführung und Beweiswürdigung.

a) Beweismittel-Erbebung von Amtswegen.

Nach § 622 Abs. I ist das Gericht auch bezüglich jener Beweismittel, welche sonst nur auf Parteiantrag hin herangezogen werden dürfen, nicht durch die Parteiverhandlung gebunden sondern zur Untersuchung von Amtswegen berechtigt, soweit die Beweismittel der Aufrechterhaltung des ehelichen Lebens zu dienen bestimmt sind. Zu diesem Zwecke kann das Gericht von Amtswegen Wahrnehmungsgegenstände, Zeugen und Sachverständige sowie Urkunden und Partei-Eide heranziehen. Vor der Erlassung der Entscheidung hierüber hat das Gericht die Parteien zu hören.

Um dem Gericht die Ermittelung der materiellen Wahrheit zu ermöglichen, ist durch § 617 die Einwirkung der Parteien auf die Erhebung und Würdigung gewisser Beweismittel aufgehoben, soweit dieselben das Recht, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, begründen sollen.

Dabei kann, wie sich aus der Natur der Sache ergibt, das Recht, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, nicht als Klagegrund sondern nur als Einrede gegenüber einer Herstellungsklage oder gegenüber einer Klage auf Scheidung wegen böslicher Verlassung in Betracht kommen. Hinsichtlich der einzelnen Tatsachen ist zu prüfen, ob die Tatsache an sich geeignet ist, das Recht auf Verweigerung des ehelichen Lebens zu begründen und ob sie zur Begründung eines erhobenen An-

[1]) Mot. z. Nov. § 577.

spruchs auf Verweigerung vorgebracht worden ist. Tatsachen, die zur Begründung ungeeignet sind, fallen nicht unter die Vorschrift des § 617, selbst wenn sie zur Begründung des Verweigerungsanspruches vorgebracht sind. Andrerseits fallen Tatsachen, die an sich geeignet sind, einen solchen Anspruch zu begründen, aber nicht zur Begründung desselben vorgebracht sind oder auf die ein solcher Anspruch nicht gegründet wird, gleichfalls nicht unter die Bestimmungen des § 617. Die Beweistatsache ist ferner unter einem doppelten Gesichtspunkte zu prüfen, sie kann nämlich vorgebracht werden zur Abwehr des gegnerischen Anspruches und gleichzeitig auch zur Begründung des eignen selbständig erhobenen Anspruches und auch nach beiden Seiten zu wirken geeignet sein. In diesem Falle ist die geltend gemachte Tatsache, soweit sie für Aufrechterhaltung des ehelichen Lebens wirkt, den allgemeinen Beweisregeln unterworfen, soweit sie gegen die Aufrechterhaltung zu wirken bestimmt ist, greifen die Vorschriften des § 617 Platz.

Eine besondere Prüfung erfordert die Frage der Wirkung der Tatsachen für oder gegen den Bestand der Ehe im Falle der Klage wegen böslicher Verlassung. Wenn hier der Herstellungsklage, durch welche die Ermöglichung einer späteren Scheidungsklage gemäss § 1567 Abs. II Ziff. 1 B. G. B. beabsichtigt wird, eine die Berechtigung zum Getrenntleben begründende Einrede entgegen gehalten wird, so unterstehen die Beweistatsachen dieser Einrede, obwohl sie das Recht, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, begründen sollen und hiezu auch geeignet sind, den allgemeinen Beweisregeln, da ja ihr Zweck ist, die rechtskräftige Verurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft abzuwenden und damit dem Kläger die Grundlage für die nachfolgende Scheidungsklage zu entziehen, also in ihrem höheren Zweck eheerhaltend zu wirken.[1])

Beim Zeugen- und Sachverständigen-Beweis ist der Verzicht der Parteien auf die Beeidigung derselben unwirksam, der Eid muss trotz des Verzichtes bei Sachverständigen stets

[1]) Vgl. Erler, Ehescheid., § 47, S. 215.

und bei Zeugen insoweit abgenommen werden, als nicht bei diesen ein gesetzlicher Grund zur unbeeidigten Vernehmung gemäss § 393 vorliegt. Im Urkundenbeweis hat die Unterlassung oder Verweigerung der Erklärung über die Echtheit der Urkunde nicht die in § 439 Abs. II bezeichnete Wirkung der Anerkennung der Echtheit und der Antrag, dem Gegner gemäss § 425 die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben, ist mit Rücksicht auf die Unanwendbarkeit des Vorlegungseides nach § 426 ausgeschlossen. Beim Beweis durch Eid können Tatsachen, welche das Recht, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, dartun sollen, nicht mittels Eideszuschiebung bewiesen werden sondern die Beweislast obliegt dem Behauptenden. Über Tatsachen anderer Art ist die Eideszuschiebung zulässig, der einmal auferlegte Eid kann jedoch nicht mehr rechtswirksam erlassen werden sondern muss trotz der Erlassung abgenommen werden, wenn er durch Urteil auferlegt ist. Soweit er durch Beweisbeschluss auferlegt ist, kann das Gericht eventuell den erlassenen Beweisbeschluss zurückziehen und eine anderweite Entscheidung erlassen.

Unberührt bleiben die Vorschriften über die Wirkung der Eidesleistung und Eidesverweigerung sowie über die Befugnis zur Auferlegung eines richterlichen Eides[1]) und zwar aus dem Grunde, damit dem Richter kein Mittel zur Erforschung der Wahrheit entzogen werden sollte.[2])

b) Beweismittel-Prüfung von Amtswegen.

Bei der Prüfung des Tatsachenstoffes ist das Gericht nicht auf die Parteivorbringen beschränkt sondern kann gemäss § 622 Abs. 1 auch Tatsachen, welche dem Zweck der Aufrechterhaltung der Ehe und bezw. des ehelichen Lebens dienen, berücksichtigen, obgleich sie von den Parteien nicht vorgebracht sind. Woher das Gericht die Kenntnis der Tatsachen nimmt, ist belanglos; es kann sie ebensowohl aus den Ausführungen des Staatsanwaltes oder aus nicht vorgetragenen Schriftsätzen wie aus Zeugenaussagen oder aus eigner Wissenschaft

[1]) Birkmeyer in Busch Zeitschr., Bd. 7, S. 412; Gaupp § 577 N. II, Seuffert, § 577 N. 4, Petersen, § 617 N. 3. — [2]) Entw. Begr., S. 365.

schöpfen.[1]) Welche Tätigkeit das Gericht in Ausübung dieser Befugnis entfalten will, ist in sein Ermessen gelegt, jedenfalls obliegt ihm in hiezu geeigneten Fällen die Verpflichtung zur Prüfung der Sachlage, deren Unterlassung unter Umständen eine Gesetzesverletzung und somit einen Revisionsgrund involvieren würde.[2]) Vor Erlassung der Entscheidung hierüber hat das Gericht die Parteien im Wege der Befragung nach § 139 zu hören. Die Parteien können die ihnen mitgeteilten Tatsachen sich aneignen oder bekämpfen, auch zu diesem Zweck zunächst Vertagung der Verhandlung beantragen.[3])

Ebenso ist das Gericht nach § 617 Abs. I und II verpflichtet, unerachtet des Anerkenntnisses des Beklagten zu prüfen, ob die Klage begründet ist, und Tatsachen, welche das Recht, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, begründen sollen, nicht schon deswegen als feststehend hinzunehmen, weil sie vom Gegner ausdrücklich zugestanden sind oder weil er die Abgabe einer Erklärung hierüber unterlassen oder verweigert hat, diese Tatsachen müssen vielmehr vom Behauptenden bewiesen werden. Das Gericht ist lediglich befugt, das Geständnis des Gegners bei der Beweiswürdigung in Betracht zu ziehen; das Anerkenntnis dagegen bei der Beweiswürdigung zu verwerten ist ausgeschlossen, nachdem das Anerkenntnis sich nur auf den erhobenen Anspruch, nicht aber auf die Beweistatsachen bezieht, der Beweiswürdigung aber nicht Ansprüche sondern Tatsachen unterstehen.

c) Aufklärungspflicht des Gerichts.

In jedem Prozessverfahren ist das Gericht befugt, zur Aufklärung des Sachverhaltes d. h. zur Klarlegung des tatsächlichen Parteivorbringens gemäss § 141 das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen und dieselben gemäss § 139 über den Sachverhalt zu befragen. Dieses allgemein geltende Recht des Gerichts ist durch § 619 im Interesse einerseits der Herbeiführung der Aussöhnung der Parteien auf diesem Wege andrerseits der Erforschung der Wahrheit[4]) erweitert, indem

[1]) Komm. Prot., S. 604 u. 725, R. G. in J. W. 1892, S. 463. — [2]) R. G. in J. W. 1887, S. 352, 1889, S. 257, 1890, S. 274, R. G. 20, S. 215, 23 S. 142. — [3]) R. G. in J. W. 1887, S. 41, Bayer. O. L. bei Seuffert 40, S. 467. — [4]) Entw. Begr., S. 367.

das Anordnungsrecht zu einem Erzwingungsrecht und das Befragungsrecht zu einem Vernehmungsrecht erweitert ist. Dadurch ist die richterliche Informationstätigkeit zu einer Inquisitionstätigkeit, die Aufklärung des Sachverhaltes zu einer richterlichen Ergänzung der Parteitätigkeit erweitert worden. Zugleich wird zur Erleichterung der persönlichen Vernehmuug noch angeordnet, dass dieselbe bei Verhinderung der Partei am Erscheinen vor dem Prozessgericht oder grosser Entfernung vom Sitz desselben durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen kann. Die Vernehmung der Partei darf sich auf alle von ihr, vom Gegner oder vom Staatsanwalt behaupteten Tatsachen erstrecken. Zur Beantwortung der an sie gestellten Fragen kann sie jedoch weder durch Zwangsmittel noch durch Strafen bewegt werden, das Gericht ist lediglich befugt, die Nichtbeantwortung der gestellten Fragen bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

Nachdem dieser Bestimmung praktischer Wert nur unter der Voraussetzung zukommt, dass das Gericht die Befolgung seiner Anordnung mittels Zwangsmassregeln durchzusetzen vermag, und es bei der Ähnlichkeit, welche zwischen einer derartigen Vernehmung der Partei und der Abhörung eines Zeugen besteht, nahe lag, die nicht erschienene Partei wie einen nicht erschienenen Zeugen zu behandeln,[1]) wurden dem Gerichte zur Erzwingung des persönlichen Erscheinens der Partei alle nach § 380 gegen nicht erschienene Zeugen anwendbare Zwangsmittel mit Ausnahme der Verhängung von Haftstrafen zu Gebote gestellt, es kann also die Überbürdung der durch das Ausbleiben verursachten Kosten, die Verhängung einer Geldstrafe bis zu 300 Mark und im Falle wiederholten Ausbleibens die zwangsweise Vorführung androhen und anordnen. Gegen die anordnende, nicht aber gegen die androhende Verfügung findet Beschwerde statt, welcher nach § 572 Abs. 1 aufschiebende Wirkung zukommt.

Mit der Verpflichtung des Gerichts zur tunlichsten Klarstellung des Sachverhaltes hängt aufs innigste die Vorschrift in § 626 zusammen, wonach das Gericht in der Berufungs-

[1]) Entw. Begr., S. 367.

instanz die nachträglich vorgebrachten Verteidigungsmittel nicht wegen schuldhafter Verzögerung zurückweisen darf; damit ist zugleich die Anwendung der §§ 540 und 541 ausgeschlossen.

D. Versäumnisverfahren.

Eine notwendige Folge der Behandlung der Wirkung der gerichtlichen Geständnisse durch § 617 ist es, dass auch das in der Kontumaz des Beklagten enthaltene stillschweigende Geständnis nicht zur Geltung gelangen kann. Die Vorschriften des § 331 über das Versäumnisverfahren und den Einspruch mussten daher gegenüber dem Beklagten ausser Wirksamkeit gesetzt werden.[1]) An deren Stelle ist vielmehr ein Eremodizialverfahren getreten mit der durch den Wegfall des Einspruchs geforderten Vergünstigung für den Beklagten, dass nicht im ersten Versäumnistermin sondern erst in einem weiteren Termin verhandelt werden kann.

Im einzelnen gelten folgende Bestimmungen:

Ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ist nach § 618 Abs. V ausgeschlossen. Diese Vorschrift gilt gleichmässig auch für den Widerbeklagten.

Erscheint der Beklagte in dem auf die Klage zur mündlichen Verhandlung anberaumten ersten Termine[2]) nicht, so wird nicht gegen ihn in den Streit eingetreten und er als der Klagetatsachen geständig behandelt sondern eine Verhandlung findet alsdann nicht statt. Der Kläger muss vielmehr die Bestimmung eines neuen Termins beantragen und zu demselben, wie ja überhaupt zu jedem Termin, der in Abwesenheit des Beklagten verkündet wurde, den Beklagten laden. Die Forderung einer neuerlichen Terminsanberaumung ist gerechtfertigt mit Rücksicht auf den Wegfall des im Versäumnisverfahren zulässigen Einspruchs. Dem Nichterscheinen steht das Nichtverhandeln gleich,[3]) wenn auch § 618 Abs. II lediglich vom Nichterscheinen spricht; die Fassung dieser Gesetzesstelle entspricht jener des § 331 und hat deshalb auch für diese die erläuternde Bestimmung der zu § 331 ergangenen Vorschrift

[1]) Entw. Begr., S. 366. — [2]) R. G. 9, S. 393. — Wach, Vortr., S. 151.

des § 333 sinngemässe Anwendung zu finden.[1]) Das persönliche Erscheinen, jedoch ohne Prozessbevollmächtigten, hat die gleiche Wirkung wie das Nichterscheinen.

Erscheint der Beklagte auch im neuerlichen Verhandlungstermin nicht, so kann auch hier nicht Versäumnisurteil beantragt werden sondern es wird mit der gleichen Wirkung verhandelt und entschieden, als ob beide Parteien an der mündlichen Verhandlung teilgenommen hätten, Verhandlung und Entscheidung werden als kontradiktorisch angesehen, das ergehende Urteil ist deshalb nicht durch Einspruch gegen ein Versäumnisurteil sondern durch das Rechtsmittel der Berufung anfechtbar. Hinsichtlich des Beweises der zur Begründung der Klage vorgebrachten Tatsachen wird dementsprechend in derselben Weise verfahren, wie wenn der Beklagte erschienen wäre, aber sich nicht erklärt oder die Erklärung verweigert hätte; das Gericht hat gemäss §§ 286 und 617 nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob und inwieweit das Ausbleiben einen Schluss auf die Wahrheit der vom Kläger vorgebrachten Tatsachen gestattet, und demgemäss die Aufnahme der von dem Kläger angebotenen Beweise anzuordnen, wenn es unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der mündlichen Verhandlung und der Versäumnis die von ihm behaupteten Tatsachen nicht für erwiesen erachtet.[2])

Ist der Beklagte im ersten Verhandlungstermin erschienen, aber in einem späteren Termin säumig, so ist auch in diesem Fall ein Versäumnisurteil unzulässig, die Wiederholung des Termins jedoch nicht geboten, sondern die Verhandlung geht sofort in dem versäumten Termin vor sich,[3]) weil bei Versäumung späterer Verhandlungstermine das Bedürfnis eines Ersatzes für den Wegfall des Einspruchs umso weniger anerkannt werden kann, als der Staatsanwalt imstande ist, die von dem Beklagten im früheren Verhandlungstermin geltend gemachten Verteidigungsmittel weiter zu verfolgen, und das Gericht ohnedies in der Lage ist, wenigstens soweit es

[1]) R. G. 35, S. 345, O. L. Karlsruhe bei Busch Zeitschr., Bd. 7. S. 109, Seuffert § 618 N. 4c; And. Mein. Hellmann, Lehrb., S. 900. — [2]) Entw. Begr., S. 366. — [3]) R. G. 9, S. 393.

sich um die Aufrechterhaltung des ehelichen Lebens handelt, die ihm notwendig erscheinenden Beweisaufnahmen nach § 622 von Amtswegen anzuordnen.

Ist der Beklagte zum ersten Verhandlungstermin durch öffentliche Zustellung geladen, aber nicht erschienen, so bedarf es nach § 618 Abs. IV keines klägerischen Antrages auf neue Terminsbestimmung sondern kann sofort im ersten Termin verhandelt und entschieden werden. Ein Versäumnisurteil ist auch in diesem Falle unzulässig.

Die frühere einzige Möglichkeit der Erlassung eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten, soferne er nämlich zu dem zur Leistung des richterlichen Eides bestimmten Termine nicht erschien, ist durch die Abänderung des alten § 430 infolge der Novelle vom Jahre 1898 beseitigt.

Gegen den Kläger oder Widerkläger können gleiche Grundsätze nicht zur Anwendung kommen. Erscheint dieser im Verhandlungstermine nicht, so kann über die Sache selbst überall nicht verhandelt werden sondern die Vorschriften der §§ 330 ff. über das Versäumnisverfahren und den Einspruch greifen Platz.[1])

In der Berufungsinstanz findet Abs. II keine Anwendung, da dieser sich nur auf den auf die Klage hin anberaumten ersten Termin zur mündlichen Verhandlung bezieht. Erscheint hier der Berufungsbeklagte im Termine nicht, so ist zu unterscheiden, ob er in erster Instanz Kläger oder Beklagter war. War er Beklagter, so kann zwar sofort gegen ihn verhandelt und entschieden, nicht aber Versäumnisurteil erlassen werden. War er aber in erster Instanz Kläger, so kann Versäumnisurteil nach § 542 Abs. II gegen ihn beantragt und erlassen werden. Denn da das Berufungsgericht nur die Richtigkeit des angefochtenen Urteils, soweit es durch die Berufungsanträge angefochten ist, prüfen soll, ist Streitgegenstand der Berufungsinstanz nur der durch das angefochtene Urteil entschiedene Streitgegenstand d. h. der in erster Instanz vom Kläger erhobene und im Klageantrag ausgedrückte Anspruch.

---

[1]) Entw. Begr., S. 366, R. G. 28, S. 393, R. G. in J. W. 1895, S. 224.

Hieraus folgt, dass die dem Beklagten im Verfolge der Herstellungsklage zugebilligten besonderen Vorteile im Rechtsmittelverfahren nur dem in erster Instanz Beklagten zukommen.

Erscheint der Berufungskläger nicht, so kann gegen ihn Versäumnisurteil auch dann beantragt und erlassen werden, wenn er in erster Instanz Beklagter war. Dies ergibt sich trotz der entgegenstehenden allgemeinen Fassung des Abs. V daraus, dass bei seinem Ausbleiben keine Berufungsanträge vorliegen, über welche verhandelt werden könnte, sowie dass er als Herr des Rechtsmittels die eingelegte Berufung jederzeit wieder zurückziehen kann, somit ein öffentliches Interesse für Ausschaltung der Kontumazfolgen gegen ihn nicht besteht.[1])

Abs. III gilt auch in der Berufungsinstanz. Der Beklagte muss, soferne er nicht durch öffentliche Zustellung geladen war, zu jedem in seiner Abwesenheit anberaumten Termin geladen werden ohne Rücksicht, ob er Berufungskläger oder Berufungsbeklagter ist.

In der Revisionsinstanz gelten die Bestimmungen des Abs. III und IV bezüglich des Beklagten, gleichviel ob er Revisionskläger oder Revisionsbeklagter ist. Dagegen ist die Bestimmung des Abs. V nicht anwendbar sondern die allgemeinen Versäumnisfolgen greifen Platz, nachdem hier nicht ein in der Kontumaz hervortretendes stillschweigendes Geständnis der Klagetatsachen in Frage kommt sondern lediglich die durch die angefochtene Entscheidung begangene Gesetzesverletzung.

E. Aussetzung des Verfahrens.

Um bei der Herstellungsklage den Parteien Zeit zur Aussöhnung und somit zur Aufrechterhaltung des ehelichen Lebens zu gewähren, hat die Zivilprozessordnung in Anlehnung an das französische Recht[2]) den Weg der Aussetzung des Verfahrens gegenüber der durch das preussische Recht[3]) eingeführten Aussetzung der Verkündigung des Urteils gewählt und zwar mit Rücksicht auf die durch letzteren Modus geschaffene

[1]) R. G. 27, S. 360, Bayer. O. L. in Bl. f. R.Anw. 54, S. 383, O. L. Kassel b. Busch Zeitschr., Bd. 14, S. 154. — [2]) *Code civ. art. 259, 260.* [3]) A. L. R. II §§ 727—731, A. G. O. I 40 §§ 45—50, Verord. v. 28. VI. 44 § 70, Ges. v. 1. III. 69 § 26.

Unmöglichkeit, die in der Zwischenzeit eingetretenen Tatsachen und veränderten Umstände zu berücksichtigen.[1])

Nach § 621 kann das Gericht von Amtswegen die Aussetzung des Verfahrens, jedoch im Laufe des ganzen Rechtsstreites nur einmal und nur bis zur Höchstdauer eines Jahres anordnen, wenn eine Aussöhnung der Parteien nicht unwahrscheinlich ist. Die Anwendung dieser Vorschrift ist in das Ermessen des Gerichts gelegt. Die blosse Möglichkeit der Versöhnung würde die Aussetzung von Amtswegen nicht rechtfertigen sondern es sollen Anhaltspunkte dafür vorhanden sein, dass eine Versöhnung nicht unwahrscheinlich ist.

Soferne das Gericht erster Instanz von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat, steht sie auch dem Berufungs- und Revisionsgericht zu;[2]) sie währt bis zur Erlassung des Endurteils. Die Aussetzung kann jedoch erst nach einer mündlichen Verhandlung erfolgen, nachdem ohne solche das Gericht nicht in der Lage ist, zu beurteilen, ob die Aussetzung zweckmässig ist.

Der ergehende Gerichtsbeschluss muss nach § 329 Abs. I verkündet werden und hat die in § 249 aufgeführten Wirkungen. Gegen die anordnende Entscheidung ist nach § 252 Beschwerde zulässig. Andrer Meinung sind und zwar meines Erachtens mit Unrecht Petersen und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, welche aus der Anheimgabe an das richterliche Ermessen die Unzulässigkeit der Beschwerde folgern. Ihnen gegenüber weist Seuffert[3]) mit Recht darauf hin, dass das Beschwerdegericht nachzuprüfen hat, ob das Untergericht von seinem Ermessen den richtigen Gebrauch gemacht hat.

Die Aufnahme des Verfahrens nach Ablauf der Aussetzungsfrist erfolgt gemäss § 250 nicht von Amtswegen sondern durch die Partei mittels Zustellung eines Schriftsatzes.

F. Urteil.

Was die Urteilsfällung anlangt, so kommt lediglich hinsichtlich der durch Klagehäufung oder Widerklage verbundenen

---

[1]) Entw. Begr., S. 367. — [2]) Entw. Begr., S. 368. — [3]) Seuffert, Note zu § 621.

mehreren Ansprüche folgendes zu bemerken: Ist mit der Herstellungsklage eine Scheidungs- oder Anfechtungsklage verbunden, so kann nur eine der Klagen zuerkannt werden. Stehen sich die Klagen jedoch als Klage und Widerklage gegenüber und ist eine derselben zur Entscheidung reif, so kann über sie ein Teilurteil erlassen werden; hiebei ist jedoch zu prüfen, ob das zu erlassende Teilurteil unverändert bestehen kann, gleichviel wie die Entscheidung der anhängig bleibenden Streitsache ausfällt; würde nun durch Teilurteil dem Scheidungs- oder Anfechtungsanspruch entsprechend erkannt, so wäre die Zuerkennung des Herstellungsanspruches dadurch ausgeschlossen und umgekehrt; das Teilurteil würde nur bestehen können, wenn es auf Abweisung lautet. Wäre aber im Teilurteil der Anspruch zuzuerkennen, so ist die Sachlage darnach angetan, dass das Gericht von der in sein Ermessen gelegten Befugnis, gemäss § 301 Abs. II von Erlassung eines Teilurteils Abstand zu nehmen, wohl Gebrauch machen wird.

Bezüglich der Verkündigung und Zustellung der Urteile sind für die Herstellungsklage die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen massgebend. Hinsichtlich der Rechtskraft enthält § 628 eine Sonderbestimmung, der zufolge ein ergangenes noch nicht rechtskräftiges Urteil, falls einer der Ehegatten vor Eintritt der Rechtskraft stirbt, nicht mehr in Rechtskraft erwächst sondern der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen ist.

Die Urteile für vorläufig vollstreckbar zu erklären, ist gemäss § 704 Abs. II ausgeschlossen, ebenso wie die Erzwingung der Leistung der Herstellung im Falle der Verurteilung gemäss § 888 Abs. II nicht durchführbar ist. Deshalb erübrigt sich auch die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung.

Endlich bringt § 630 noch eine mit dem Urteil zusammenhängende Geschäftsanweisungsvorschrift für das Gericht und zwar dahingehend, dass das Prozessgericht nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils, soferne ein gemeinschaftliches minderjähriges Kind der Ehegatten vorhanden ist, dem Vormundschaftsgericht von dem Urteil Mitteilung zu machen hat, um dessen etwa erforderliches Einschreiten zum Schutze des Kindes zu veranlassen.